Der maßgebende Zeitpunkt für die Voraussetzungen und den Umfang der Verurteilung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Walther Hesse,
Referendar in Breslau.

Breslau
Buchdruckerei H. Fleischmann
Im Dezember 1908.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. **Fischer**.
Korreferent: Professor Dr. **Schott**.

Gewidmet

seinen lieben Eltern.

Inhalts-Verzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Archiv für civilistische Praxis Bd. I (Zimmern), Bd. XXX, Nr. 7 (Schmid).
Arndts, Lehrbuch der Pandekten 1886.
Bayer, Vorträge über den gem. ord. Zivilpr. 1835.
Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts von Gruchot.
Von Bethmann-Hollweg, der römische Civilprozeß. 1864 — 1866.
Buchka, Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältnis 1846/7.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. I. 1900.
Dernburg, die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechtes Preußens und des Reiches. 1893.
Dernburg, das bürgerl. Recht des deutschen Reiches und Preußens Bd. II 1899, Bd. III 1901.
— Compensation 1868.
— Pandekten 1902.
Demelius, Die confessio 1880.
Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. I. 1903.
Entscheidungen des Reichsgerichts, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes.
Engelmann, der Civilprozeß Bd. III. 1901.
Fischer, Recht und Rechtsschutz 1889.
Fischer, Problem der Identität und Neuheit 1892.
Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches 1904.
Fitting, der Reichscivilprozeß 1893.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht 1892.
Franck, Ueber den für Voraussetzungen und Umfang der Verurteilung maßgebenden Zeitpunkt nach römischem und heutigem Recht. 1907. Inaug.-Diss.
Glück, Erläuterungen der Pandekten Bd. VI, VIII.
Heimbach, Lehre von der Frucht. 1843.
Hellmann, Vorträge über das Bürgerl. Gesetzbuch. Allgem. Teil. 1897.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht 1900.
— , Lehrbuch des Deutschen Zivilprozesses Bd. I, 1903.
Katz, Die materielle Wirkung der Litiskontestation Inaug.-Diss. 1878.
Keller, Ueber Litis-Contestation und Urteil 1827.
— Der römische Civilprozeß und die Actionen. 1883.
Kierulff, Theorie d. gem. Civilrechts Bd. I 1839.
Klemck, Die civilrechtl. Wirkungen d. Rechtshängigkeit. Inaug.-Diss. 1901.
Klepzig-Giebmanns. Die materiellrechtl. Wirkungen d. Prozeßbeginns. Inaug-Diss. 1897.

Kommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuch von Planck, Schollmeyer.
— zur C.P.O.: Gaupp-Stein 1906, Petersen 1883, Seuffert 1904, Siebenhaar, Struckmann-Koch 1901, Wilmowski-Levy 1895.
P. Kretschmar, Ueber die Entwicklung der Kompensation im röm. Recht 1907.
Langheineken, Anspruch und Einrede 1903, Urteilsspruch.
Legers. Auf welchen Augenblick kommt es bei der Verurteilung im Zivilprozeß an? Inaug.-Diss. 1901.
von Liebermann, Einfluß d. Existenz d. kläg. Rechts z. Zt. der Litiskont. auf das Urteil. Inaug.-Diss. 1886/87.
Linde, Lehrbuch d. deutsch. gem. Zivilprozesses 1843.
Von Madai, Lehre von der Mora. 1836.
Mandry-Geib, der zivilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze 1898.
Matthias, Lehrbuch des bürgerl. Rechts 1899.
Pescatore, die Wahlschuldverhältnisse 1905.
Planck, Beweisurteil 1848.
Protokolle der zweiten Lesung des BGB. Bd. I, II.
Puchta, Cursus der Institutionen, 1871, 1893.
— Pandekten 1877.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts.
Römer, Erlöschen des klägerischen Rechts nach Einleitung d. Prozesses 1852.
Roßhirt, Zur Lehre von den Wirkungen des Prozesses 1848.
von Savigny, System des heutigen röm. Rechts Bd. V, VI, 1841, 1846.
Schmidt, Lehrbuch d. deutsch. Civilprozeßrechts 1898.
— Die Aenderungen des Civilprozeßrechts 1898.
— Klageänderung 1888.
Schollmeyer, das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse 1897.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Sintenis, Erläuterungen Bd. I, 1840.
— Das praktische gem. Civilrecht 1868.
Stein, Ueber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes 1903.
Thibaut, System d. Pandektenrechts 1834/8.
Unterholzner, Verjährungslehre 1858.
Von Wangerow, Lehrbuch d. Pandekten Bd. I, 1863, Bd. II u. III. 1876.
Wach, Handbuch d. Civilprozeßrechts Bd. I 1885.
— der Feststellungsanspruch 1889.
— Vorträge über die Reichscivilprozeßordnung. 1896.
— in Zwei zivilprozessuale Abhandlungen. Leipzig 1886.
Wächter, Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrecht, Heft II, III. 1845/6.
Wetzell, der römische Vindikationsprozeß 1845.
— System d. ordentl. Civilprozesses 1878.
Wlassak, Römische Prozeßgesetze I. 1888.
Windscheid, die Actio des röm. Civilrechts 1856.
— -Kipp. Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I, 1906, Bd. II, 1900.
Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. III Nr. 23 (Feitz).
Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. V. S. 355 (Bekker),
Zimmern, Geschichte des römischen Privatrechts: Bd. 3: Der römische Civilprozeß 1829.

§ 1.

Die beiden wichtigsten Punkte im prozessualen Verfahren sind der Prozeßbeginn und das Urteil. Das Ideal der Rechtspflege wäre unzweifelhaft, wenn der Richter, nachdem ihm die Parteien ihren Streit vorgetragen haben, ihnen sofort seine Entscheidung zu Teil werden lassen könnte. Eine solche Vollkommenheit wird sich aber nur selten erreichen lassen. Meistens wird wegen des kontradiktorischen Parteivorbringens, der erforderlichen Beweiserhebungen, Aussetzung des Verfahrens usw. zwischen dem Prozeßbeginn und dem Urteil eine geraume Zeit liegen, die je nach den Umständen bald länger, bald kürzer sein kann.

Innerhalb dieses Zeitraums kann das vom Kläger behauptete Recht mannigfache Veränderungen erfahren. Es ist deshalb wesentlich zu fragen, ob diese Aenderungen die Voraussetzungen und den Umfang der Verurteilung des Beklagten beeinflussen sollen oder nicht, auf welchen Zeitpunkt der Richter also bei Abfassung seines Erkenntnisses zu sehen hat, wenn es sich um dessen Voraussetzungen und Umfang handelt.

Eine kurze und einheitliche Antwort kann hierauf nicht gegeben werden. Denn abgesehen davon, daß die Antwort für die verschiedenen Entwicklungsstufen des Rechts verschieden ausfallen muß, kann auch innerhalb jeder Phase der festgestellte Grundsatz nur mit bedeutenden Modifikationen aufrecht erhalten werden.

§ 2.

Was die Beantwortung der aufgestellten Frage für die Voraussetzungen der Verurteilung anlangt, so war im römischen Recht für die Herausbildung der Prinzipien besonders der Gedanke maßgebend, daß dem Kläger alles das werden müsse, was er bei der Befriedigung zur Zeit der lit. cont. gehabt hätte. Es mußte daher dafür gesorgt werden, daß der Kläger infolge der Verzögerung der Verurteilung keinen Schaden leide.

Der Zustand mußte durch das künftige Urteil herbeigeführt werden, der vorhanden wäre, wenn sofort nach Prozeßbeginn das Urteil gefällt worden ware [1] [2] [3]).

Die Römer halfen sich im älteren Recht damit, daß sie die Veränderungen zwischen Prozeßbeginn und Entscheidung grundsätzlich ignorierten und nur auf den Zeitpunkt der lit.

---

[1]) Abgesehen von diesen natürlich schon frühzeitig vorhandenen Billigkeitsgründen erklärt sich der Standpunkt des römischen Rechts in der Lösung der gestellten Aufgabe aus dem Wesen der lit. cont, aus der ihr beigelegten rechtsgeschäftlichen Natur, ihrer konsumierenden und novierenden Wirkung einerseits und der Gebundenheit des Judex an die die ihm erteilte formula andererseits. Im Text wird gezeigt werden, daß sich dieser Gesichtspunkt erst allmählich herausgebildet hat. Er gilt heute als der wesentliche Grund für den verschiedenen Standpunkt des römischen und heutigen Rechts, (s. § 20 d. Textes).

[2]) Da im Folgenden vielfach von Litiskontestation und Prozeßbeginn die Rede sein wird, sei bemerkt, daß die in der neuesten Literatur wieder sehr umstrittene Frage nach der Form der lit. cont. hier nicht in Betracht zu ziehen ist, sondern nur ihre materielle Wirkung. Solange dem Verfahren in Rom die Teilung in die beiden Abschnitte in iure und in iudicio innewohnte, wurde der Prozeßbeginn durch die lit. cont. gekennzeichnet, durch den Schlußakt im ersten Teil des Prozesses vor dem Magistrat, wo durch rechtsförmliche zweiseitige Parteihandlung unter feierlichem Zeugenaufruf der Rechtsstreit zu klarem Ausdruck gebracht wurde. Die Stellung der lit. cont. im Legisaktionen- und Formularverfahren ist dieselbe mit der Besonderheit, daß im Formularverfahren die formula des Prätors die Aufgabe der Streitformulierung übernahm und der Zeugenaufruf allmählich wegfiel.

Im Extraordinarverfahren und in der Kaiserzeit hörte die Zweiteilung des Verfahrens auf, der Prozeß blieb vor der Obrigkeit. Die natürliche lit. cont. fiel weg, und es wurde durch Gesetz ein Surrogat für dieselbe geschaffen. V. Savigny führt im System des heutigen römischen Rechts Bd. VI § 257 2 Stellen an, die Aufschluß geben: L. un. C. (3, 9) und l. 14 § 4 C. (3, 1), wo übereinstimmend die lit. cont. als vollzogen betrachtet wird, wenn im ersten Prozeßtermin der Kläger seine Klage vorgetragen und Beklagter Widerspruch dagegen erhoben hat: post narrationem propositam et contradictionem objectam, und ferner l. 2 C. (2, 58), wonach die Parteien, unmittelbar nachdem die lit. cont., wie beschrieben, zu Stande gekommen war, schwören müssen, daß sie von der Gerechtigkeit ihrer Sache überzeugt sind.

Für einige Folgen des Prozeßbeginns war jedoch schon der einseitige Akt der Mitteilung der Klage an den Beklagten bestimmend (Insinuation).

Im gemeinen Prozeß verstand man nach der herrschenden Meinung unter lit. cont. die Beantwortung der Klage durch Einredeschrift des Beklagten. So Dernburg, Pand. Bd. I § 153, Windscheid, die Actio S. 71 f., Wächter, Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrecht, Hft. III S. 70 ff., während z. B. v. Savigny, a. a. O. VI. S. 243 ff. am Zeitpunkt der Mitteilung an den Beklagten festhält.

[3]) l. 40 pr. D. (5, 3), l. 17 § 1, l. 20 D. (6, 1); l. 31 pr. D.(12, 1), l. 2, 3 § 1, l. 34, 35, 38 § 7 — 15 D. (22, 1) u. s. w.

cont. sahen. Die Parteien hatten ja über das Recht eine Entscheidung erbeten, wie es zur Zeit der lit. cont. bestand.

Diese einfache Lösung der Frage beruhte zum Teil auf der materiellen Bedeutung der durch die lit. cont. begründeten obligatio condemnari oportere. Die Vorstellung der Römer von den hier in Betracht kommenden Wirkungen der lit. cont. war ungefähr folgende[1]): Die Parteien haben mit dem Prätor die Abfassung der formula vereinbart, die Bedingungen festgesetzt, unter denen zu condemnieren oder zu absolvieren ist. Es ist also ein kontraktsähnliches Rechtsverhältnis zustande gekommen[2]), ungefähr des Inhalts, daß unter gewissen Bedingungen eine Condemnation zu erfolgen habe, und daß[3]) „weder der siegende Kläger, noch evtl. der absolvierte Beklagte durch die Dauer des Prozesses irgend welchen Nachteil erleiden soll[4]).“ Die vorgenannte obligatio condemnari entsteht also durch die lit. cont. ähnlich wie aus einem Vertrage.

In den Quellen findet sich für die Zeit des Legisaktionenverfahrens das Prinzip nirgends erwähnt. Bei der gebräuchlichsten Form des Verfahrens, der legis actio per sacramentum, legten die streitenden Teile eine Wettsumme, sacramentum, nieder, die der schließlich unterliegende Teil verloren haben wollte. Diese deponierte Summe bildete die Grundlage des künftigen Urteils. Es wurde darüber entschieden, utrius sacramentum iustum sit, wer die Summe zurücknehmen und wer sie verlieren sollte, nicht über den natürlichen Zweck des Prozesses, dem Kläger zu geben, was ihm gebührt. So Cicero pro Caecina c. 33: sacramentum nostrum iustum iudicaverunt.

Weil nun aber das streitige Rechtsverhältnis den Grund der Wette bildete, so wurde zugleich über dieses mitentschieden.

Der formale Charakter dieser Entscheidung, die sich in völlig abstrakter Form darbietet, gibt hier den Grund dafür, daß eine Veränderung des zu Grunde liegenden Anspruchs nach dem kritischen Augenblick nicht mehr zu beachten ist. Es liegt ferner in der Natur der Sache, daß bei dieser Entscheidung auf den Zeitpunkt des sacramentum oder, was gleich ist, der lit. cont. gesehen wurde[5]), da ja auch heute bei

---

[1]) Seit Keller, Ueber Litiscontestation und Urteil S. 129 von den meisten Schriftstellern übereinstimmend angenommen.
[2]) Iudicio contrahitur z. B. l. 3 § 11 D. (15, 1).
[3]) Katz, die materielle Wirkung der lit. cont., S. 8.
[4]) Siehe l. 20 D. (6, 1).
[5]) Keller, L. C. § 22.

einer Wette nur der Augenblick ihres Zustandekommens zu Grunde zu legen ist.

Neben dieser formalen Entscheidung ist noch ein zweites Moment von großer Bedeutung für die Festhaltung an der lit. cont. als dem maßgebenden Zeitpunkt für die Voraussetzungen der Verurteilung. Die deponierte Wettsumme sollte nämlich nicht dem Sieger zufallen, sondern ein Dritter außerhalb des Prozesses stehender war an ihr interessiert. Erst war es der Tempel, welcher unter allen Umständen das sacramentum erhielt, später der Staat. Wie durften nun nachträglich eingetretene Veränderungen berücksichtigt werden, welche notwendig eine Schmälerung des dem Tempel, resp. dem Staate zustehenden Anrechts zur Folge gehabt hätten[1])!

Solange sich eines von diesen beiden charakteristischen Momenten im Prozeßverfahren erhielt, mußte unsere Frage in demselben Sinne beantwortet werden. Die Antwort muß für das gesamte Legisaktionenverfahren gleichlautend ausfallen[2]).

Aber schon in dem neben dem Legisaktionenverfahren geltenden Sponsionsverfahren fällt die sponsio und restipulatio nicht mehr dem außerhalb stehenden Dritten zu, sondern der Sieger hat auf sie ein Recht erlangt. Doch haftet auch hier noch der starre, formale Charakter dem Verfahren an, welcher keine direkt über den klägerischen Anspruch ergehende Entscheidung gestattete, sondern in erster Linie eine solche über die Sponsionssumme herbeiführte.

In diesem Verfahren, das legis actio per sponsionem genannt wird[3]), war der Anspruch zunächst nur auf certa pecunia gerichtet. Mit der Ausdehnung auf die actio de certa re, welche den Anspruch des Klägers prinzipal und exklusiv[4]) entschied, fiel auch das erste charakteristische Moment. Es ist jedoch nicht denkbar, daß nicht wenigstens ein Ersatz für die jetzt fehlende sponsio bestanden hätte. Wir werden wohl nicht fehlgehen, mit Keller[5]) anzunehmen, daß hier etwas der späteren formula ähnliches geschaffen wurde, wodurch das Verfahren in iudicio herbeigeführt wurde.

Im Formularprozeß hat ein Dritter im oben bezeichneten Sinne kein Interesse am Prozesse mehr, die Unterordnung des

---

1) Keller, der römische Civilprozeß S. 342.

2) Keller, C.P. S. 342, L.C. S. 180 ff, v. Savigny, a. a. O. Bd. VI S. 60 f.

3) Keller, C.P. S. 90.

4) Keller, C.P. S 342 f.

5) C.P. S. 90 f., Bekker, Ztschr. f. Rechtsgesch. Bd. V S. 355. Jedoch bestreitet Wlassak, Prozeßgesetze Bd. I. S. 64 die diesem Akt beigegebene Bedeutung.

klägerischen Anspruchs unter die förmliche Frage nach dem Recht des Klägers ist völlig verschwunden. Es tritt aber ein neues Moment auf, das die Beibehaltung des ausgesprochenen Grundsatzes zur Folge hat. Bekanntlich besteht eine der Wirkungen der lit. cont. in der Verwandlung des dare oportere in condemnari oportere. Die sich hierbei vollziehende novatio necessaria setzt an Stelle des alten Rechtsverhältnisses ein neues, welches nach dem Augenblick seines Entstehens beurteilt werden muß.

Puchta[1]) beweist für die actiones stricti iuris aus dem Wortlaut der formula selbst: si paret — Präsens — NN. AA. dare facere oportere, — si paret rem AA. esse, — den der Richter hier wörtlich nehmen mußte, daß er über die Voraussetzungen der Verurteilung nach dem Zeitpunkt entscheiden mußte, in dem er die formula eingehändigt bekam.

Bald aber machte sich ein freierer Zug geltend. Der Prätor wies den Judex an, auf Grund der Anschauungen über bona fides und aequitas auch die nach der lit. cont. eingetretenen Veränderungen in den Voraussetzungen der Verurteilung zu berücksichtigen. Während bei den bonae fidei iudicia für den Fall, daß das geltend gemachte Rechtsverhältnis erst nach der lit. cont. entsteht, auch fernerhin der Zeitpunkt der lit. cont. maßgebend ist, muß bei ihnen das Erlöschen des klägerischen Rechts nach dem Zeitpunkt der Entscheidung beurteilt werden.

Der gleiche Grundsatz ergibt sich in dieser Zeit für die actiones arbitrariae. So stellt Wächter fest[2]), daß die actiones arbitrariae in der Regel nach den Grundsätzen der bonae fidei iudicia behandelt wurden[3]). Die in die Formel aufgenommene exceptio: nisi in ea re quid dolo malo factum sit neque fiat wurde in ihrem zweiten Bestandteil auf Umstände bezogen, die erst nach der lit. cont. eintraten.

Nach Aufhebung des ordo iudiciorum verschafft sich der freiere Grundsatz immer mehr Geltung. Im Formularverfahren hatte sich die strenge Regel nur für die actiones stricti iuris noch erhalten. Um die Zeit zwischen Diokletian und Justinian ist sowohl für bonae fidei als auch für stricti iuris actiones das Erlöschen des klägerischen Rechts nach der lit. cont. zu berücksichtigen. So lesen wir bei v. Savigny[4]):

---

[1]) Kursus der Institutionen Bd. I, § 172.
[2]) a. a. O. Hft. II. S. 106.
[3]) Aehnlich v. Savigny, a. a. O. Bd. V. §§ 221—223, Puchta, Pand. § 83.
[4]) a. a. O. Bd. V. S. 118.

„Mit dem ordo iudiciorum hat eigentlich das Wesen jenes Klagensystems (der Unterschied zwischen stricti iuris und bonae fidei iudicia) aufgehört", während Wächter[1]) anführt, daß mit Abschaffung des ordo iudicorum „auch in der Form der Klage die Bezeichnung und das Hervortreten jenes Unterschiedes verschwand."

So finden wir bei Justinian die strenge Regel im Prinzip bestehend nur noch im Fall des Entstehens des klägerischen Rechts nach der lit. cont.

Ehe wir uns der Entwicklung im gemeinen Recht zuwenden, wollen wir noch kurz auf den altdeutschen Prozeß zurückblicken. Auch hier konstatieren wir wie im römischen Recht eine Zweiteilung des Verfahrens. Das Beweisurteil bildet die Zäsur. Im ersten Teil des Verfahrens müssen die Parteien das Recht angeben, welches sie behaupten, sie müssen darlegen, auf welchen tatsächlichen Gründen dieses Recht beruht, die Beweismittel anführen und ihren Inhalt bezeichnen. Im zweiten Abschnitt müssen sie den Beweis führen, wie sie ihn im ersten Teil angeboten haben, sonst geht der Prozeß für sie verloren[2]).

Der gemeine Prozeß ist von der Beweistrennungs- und Eventualmaxime beherrscht. Das ganze Verfahren ist in stofflich geschiedene präklusivische Abschnitte geteilt[3]). Es bestehen im wesentlichen dieselben Grundsätze wie im späteren römischen Recht, das Bestreben, eine immer weiter greifende Anwendung der milderen Regel für den Fall des Erlöschens des klägerischen Rechts nach der lit. cont. herauszubilden, während sich das strengere Prinzip bezüglich des erst nach Prozeßbeginn zur Entstehung gelangten Rechts zu behaupten weiß.

§ 3.

Wenden wir uns den einzelnen Fällen zu, wo die juristischen Bedingungen der Verurteilung zwar beim Prozeßbeginn gegeben, während der Dauer des Rechtsstreits aber wieder weggefallen sind. Der einfachste und am häufigsten eintretende Fall besteht in der nach Prozeßbeginn erfolgenden freiwilligen Leistung des Beklagten. Nach unserem Grundsatz müßte wenigstens für stricti iuris iudicia unbedingt der Zeitpunkt der lit. cont. entscheiden und demnach trotz Erlöschens des klägerischen Rechts Verurteilung erfolgen. Aufschluß gibt die

---

[1]) a. a. O. Hft. II. S. 111.
[2]) Planck, Beweisurteil, S. 252 f.
[3]) Wach, Hdb. d. Zivilpr. S. 132.

lückenhafte, vielfach ausgelegte Stelle in Gaius, Institutiones IV. § 114:

Superest, ut discipiamus, si ante rem iudicatam is cum quo agitur, post acceptum iudicium satisfaciat actori, quid officio iudicis conveniat, utrum absolvere, an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat: nostri praeceptores absolvere eum debere existimant; nec interesse cuius generis sit iudicum: et hoc est, quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia esse absolutoria . . . . . (de bonae fidei) iudiciis autem idem sentiunt (quia) in (eius modi) iudiciis liberum est officium iudiciis, tantundem (et de in) rem actionibus putant, quia (formula verbis id exprimatur).

Sie handelt von dem bekannten Streit zwischen den beiden Schulen der Prokulejaner und Sabinianer, ob das Erlöschen des klägerischen Rechts durch freiwillige Leistung nach der lit. cont. bei allen Prozessen oder mit Ausnahme der judicia stricti juris berücksichtigt werden sollte. Nach den vielen Auslegungen, die die Stelle erfahren hat, müssen wir zwischen actiones in personam und in rem unterscheiden und annehmen, daß für die Anwendung der milderen Regel bei bonae fidei judicia und actiones in rem sowie bei allen arbiträren Klagen überhaupt zwischen den Schulen Uebereinstimmung herrschte. Zu diesem Schluß berechtigt besonders auch die von Huschke, Gaius, S. 00 vorgenommene bei v. Liebermann a. a. O. S. 45 angeführte Ergänzung der Lücke zwischen absolutoria und de bonae fidei iudiciis durch: diversae scholae auctoribus in condictionibus contra placuisse.

Aus dem Wesen der bonae fidei actiones ergibt sich der Grund für die Berücksichtigung der nachträglichen Erfüllung. Es wäre eine ungerechtfertigte Härte gegen den Beklagten, wenn er trotz Zahlung und trotzdem er das während des Prozesses Bezahlte nicht zurückfordern durfte[1]), nun doch noch condemniert werden sollte; hier entspricht es der bona fides, daß der Beklagte nicht verurteilt wird, und da der Judex bei diesen Klagen nur zu condemnieren hat, wenn es der bona fides gemäß ist, muß in diesem Falle ein absolutorisches Urteil ergehen.

Die gleiche Behandlung muß für die actiones arbitrariae festgestellt werden. Wir haben sie bereits[2]) oben bezüglich der Frage, ob allgemein das Erlöschen des klägerischen Rechts nach der lit. cont. zu berücksichtigen ist, den bonae fidei actiones

---

1) l. 60 pr. D. (12, 6); l. 50 § 2 D. (15, 1).
2) Siehe § 2.

gleichgestellt. Der Hauptfall des Erlöschens ist aber gerade die Befriedigung des Klägers. Es ist auch ganz dem Charakter dieser Klagen gemäß, wenn der Beklagte, der schon vor dem Urteil den Kläger befriedigt, absolviert wird, weil ja bei ihnen die Voraussetzung der Condemnation überhaupt darin besteht, daß der Beklagte den Kläger nicht nachträglich befriedigt. Der arbiter ist hier direkt angewiesen, den Beklagten zunächst zur Herausgabe der streitigen Sache aufzufordern und erst nach der erfolglosen Aufforderung gemäß dem iuramentum in litem auf Geld zu condemnieren.

Daß auch bei den actiones in rem unstreitig die mildere Regel gilt, liegt darin, daß sie und insoweit sie wegen der formula arbitraria, die ihnen beigefügt wird, zu den actiones arbitrariae gehören [1]).

Streit herrschte nur bezüglich der persönlichen Klagen, die stricti juris waren, indem die Sabinianer unter Aufstellung des Satzes: Sabino et Cassio placere omnia judicia esse absolutoria auch in diesem Falle Absolution des Beklagten herbeiführen wollten, während die Prokulejaner hier das strenge Prinzip befolgten, wahrscheinlich aber auch ein Mittel hatten, um zu verhindern, daß der Beklagte zweimal zahlen mußte [2]). Die Sabinianer errangen schließlich den Sieg, und zur Zeit Justinians bildet die Leistung des Beklagten während des Rechtsstreits allgemein einen Befreiungsgrund [3]). Trotzdem hat Justinians Kommission inkonsequenter Weise nicht alle Spuren der von Justinian verworfenen Ansicht getilgt. So finden wir das gegenteilige Prinzip noch ausgesprochen in l. 84 D. (45, 1) und l. 57 pr. D. (46, 3), Stellen welche aber nur noch historische Bedeutung haben [4]).

Die mildere Regel hat sich auch im gemeinen Recht behauptet [5]). Da bei bonae fidei actiones der Richter jedenfalls die später eingetretenen Befreiungsgründe beachten mußte

---

[1]) v. Savigny Bd. V § 223, Puchta, Instit. Bd. I, § 167: actio arbitraria ist die Klage mit formula arbitraria; Zimmern, Zivilprozeß § 64; zulässig ist d. formula arbitraria bei denjenigen Klagen, welche auf Restitution oder Exhibition gerichtet sind, Sav. V. § 222, Puchta, Instit. I, § 167 Anm. u. Bethmann-Hollweg II, § 94. Hierhin gehören die in rem actiones mit formula petitoria: Zimmern, a. a. O. § 68. Puchta, a. a. O. scheidet bei den arbitraria streng solche Klagen, wo etwas arbitratu judicis zu restituieren oder exhibieren ist. und solche, wo nach den Anweisungen ex bona fide zu verfahren ist, sodaß also bonae fidei actiones die freien Klagen mit formula arbitraria sind. Puchta gibt für unsere Frage die gleiche Behandlung beider Klagen zu.

[2]) Keller, L.C. S. 184.

[3]) § 2 I. (4, 12).

[4]) Wächter, a. a. O. Hft. III. S. 26.

[5]) Katz, a. a. O. S. 24.

und im gemeinen Recht der Unterschied zwischen bonae fidei und stricti iuris actiones unpraktisch wurde, gilt der Satz im gemeinen Recht bei allen Klagen [1]).

Die eben zu Ende geführte Behandlung der Frage zeigte im Formularverfahren die Anwendung eines anderen Grundsatzes als des von uns oben aufgestellten. Jedoch gerade der Umstand, daß es dabei zu solchem Streit kommen konnte, zeugt von dem Vorhandensein der entgegengesetzten allgemeinen Regel, daß noch die lit. cont. maßgebend war und daß wir eben eine Ausnahme von unserem für das Formularverfahren konstatieren Grundsatz zu verzeichnen haben.

Von Savigny, a. a. O. Bd. VI. § 261 führt bei Behandlung der freiwilligen Leistung noch drei weniger häufige Fälle an, wo die ursprünglich vorhandene Bedingung einer persönlichen Klage nach der lit. cont. wegfallen kann:

1) Noxalklagen, die an und für sich gegen den jeweiligen Eigentümer zu richten sind, haben Verurteilung des Beklagten zur Folge, wenn er auch nach der lit. cont. z. B. den schädigenden Sklaven, ja selbst an den Kläger veräußert [2]).

2) Bei der actio ad exhibendum erfolgt die Verurteilung nur dann, wenn das für die Anstellung dieser Klage geforderte rechtliche Interesse des Klägers an der Exhibition auch noch zur Zeit der Verurteilung vorhanden ist [3]).

3) Sollte nach der lex Julia die Klage gegen einen Freigelassenen auf operarum obligatio ausgeschlossen sein, wenn dieser 2 Kinder hatte. Wenn nun auch das 2. Kind erst nach der lit. cont. geboren wurde, so sollte doch Absolution erfolgen [4]).

§ 4.

Was von der freiwilligen Leistung gesagt ist, gilt auch von dem Vergleich, der während des Rechtsstreits zwischen den Parteien geschlossen wird [5]). Der klägerische Anspruch wird beseitigt und Beklagter wird freigesprochen, wenn er den Vergleich geltend macht.

Die acceptilatio ist eine fingierte Befriedigung und hat für unsere Frage dieselbe Bedeutung wie die Befriedigung [6]).

---

1) So auch Wächter, a. a. O. Hft. III. S. 112 ff., der den Unterschied in Deutschland als unpraktisch und schließlich im 18. Jahrhundert als abgestorben bezeichnet; ähnlich Arndt's Lehrb. d. Pand. Bd. I § 100.

2) § 2 I. (4, 12).

3) l. 7 § 7 D. (10, 4).

4) l. 37 pr. § 6 D. (38, 1).

5) l. 16 u. l. 20 C. (2, 4).

6) l. 13 pr. D. (46, 7).

Das Gleiche gilt von der Novation.

Einen Fortfall von Urteilsvoraussetzungen bewirkt auch die im Prozeß geltend gemachte Aufrechnung. Bei bonae fidei judicia erscheint die Kompensation in gewissen Grenzen ipso iure schon im klassischen Recht als zulässig, allerdings nicht um eines dem Beklagten etwa zustehenden Kompensationsrechtes, sondern nur um der im officium iudicis liegenden bona fides Willen. Es ist im Wesen der bonae fidei iudicia begründet, daß die Kompensationserklärung des Beklagten, die dem Zahlungsangebot mindestens gleichkommt, ebenso wie die Befriedigung des Klägers durch Zahlung noch im Prozeß berücksichtigt wird. Der Richter sollte nur auf soviel erkennen, als ohne dolus gefordert werden konnte.

Jede der Parteien, die zu einander Gläubiger sind, hat vom Augenblick des Gegenübertretens der zu kompensierenden Forderungen bereits den vorläufigen Genuß des dem aufrechenbaren Betrage ihrer Forderung entsprechenden Kapitals, indem sie zur Zahlung der fälligen Gegenforderung nicht verpflichtet ist, also den hierzu erforderlichen Betrag für sich verwenden darf. Bei den bonae fidei actiones brauchte also die Kompensation grundsätzlich nicht mittelst einer in der intentio zu inserierenden exceptio doli geltend gemacht zu werden, mußte vielmehr ohne eine solche ipso iure in jedem Stadium des Prozesses berücksichtigt werden.

Bei den arbitriae actiones, wo die Kompensation durch den arbitratus vermittelt wird, aber nur soweit als die Ansprüche in diesem Augenblick des Prozesses gleichartig sind, wird ebenfalls noch im Prozeß angebrachte Kompensation zu berücksichtigen sein, soweit es sich um actiones in personam handelt[1]. Bei den actiones in rem aber, wo die Gleichartigkeit ausgeschlossen ist, bleibt die Kompensation überhaupt und auch im Laufe des Prozesses bis vor Justinian ausgeschlossen[2].

Was die actiones stricti iuris anlangt, so konnte bei ihnen, wenn mit intentio incerta geklagt war, auf Grund der entgegensetzten exceptio doli kompensiert werden. Und die exceptio doli durfte bei stricti iuris iudicia noch vor dem Richter im iudicium vorgebracht werden[3]. Dasselbe gilt von den actiones stricti iuris mit intentio certa dann, wenn sich der Kläger nach entgegengesetzter exceptio doli zur stipulatio praetoria bereit erklärt hat. Denn hierdurch wurde auf das

---

[1]) Kretschmar, die Entwicklung der Kompensation, S. 62.
[2]) Kretschmar, a. a. O.
[3]) Dernburg, Kompensation S. 241; l. 8 C. (4, 31).

iudicum stricti iuris im Sinne der bona fides eingewirkt. Einige Stellen[1]) enthalten sogar den allzu scharf ausgedrückten Gedanken, daß durch Entgegensetzung der exceptio oder replicatio doli das iudicium stricti iuris in ein bonae fidei iudicium verwandelt werde[2]).

Zur Zeit Justinians schließlich ist die vom Beklagten compensando entgegengesetzte Gegenforderung überhaupt nicht mehr an die prozessuale Form der exceptio doli gebunden, sie muß vielmehr kraft des officium iudicis in jedem Augenblick des Verfahrens bis zum Urteil Berücksichtigung finden[3]).

§ 5.

Im altrömischen Recht gab es eine usucapio für unbewegliche Sachen durch zweijährigen und für bewegliche Sachen durch einjährigen Besitz, jedoch beschränkt auf römische Bürger und nur an Sachen möglich, an denen es quiritisches Eigentum gab. Diese Usukapion wurde anerkanntermaßen nicht durch die lit. cont. unterbrochen[4]). Der beklagte Besitzer konnte also während des Rechtsstreits seine Ersitzung vollenden und Eigentum erwerben[5]). Jedoch sollte ihm dieser Erwerb keinen Vorteil bringen. Der Richter mußte ein arbitrium de restituendo erlassen, das dem Beklagten aufgab, die nun ersessene Sache als causa rei[6]) zurückzuübertragen[7]), und zwar die res mancipi durch mancipatio oder in iure cessio, die res nec mancipi durch traditio[8]).

Daneben sollte der Beklagte noch Kaution stellen dafür, daß er nicht nachteilige Veränderungen an der Sache vorgenommen hatte, in der Zeit, wo er Eigentümer war[9]).

Nur wenn der Beklagte dem arbitrium nachkam, war er zu absolvieren, sonst erfolgte seine Verurteilung. Wir müssen also hier eine Ausnahme von dem für die actiones in rem aufgestellten Satz feststellen, daß nach der lit. cont. eintretende Befreiungsgründe zu berücksichtigen sind. Treffend

---

[1]) l. 42 pr. D. (39, 6); l. 3 C. (8, 35, (36)).

[2]) Kretschmar, a. a. O. S. 63, 27 ff.

[3]) Ipso iure compensari, l. 14 pr. C. (4, 31). Kretschmar, a. a. O. S. 67.

[4]) l. 2 § 21 D. (41, 4).

[5]) v. Savigny, a. a. O. Bd. VI. § 261; Keller, L.C. § 22 S. 173–179; Vangerow, Pandekten I § 160; Wächter, a. a. O. Hft. III S. 125 f.; Römer, Erlöschen des klägerischen Rechts S. 98 bis 100, 113.

[6]) Siehe weiter unten.

[7]) l. 18, 20, 21, D. (6, 1); l. 35 D. (50, 16).

[8]) Keller, L.C. S. 174 ff.

[9]) Siehe die oben angeführten Quellen.

gibt Römer[1]) als Grund der Annahme an, daß der Beklagte immer dann zu verurteilen ist, „wenn das Erlöschen des klägerischen Rechts wesentlich durch die infolge des Prozessierens eingetretene Verzögerung herbeigeführt wird", ein Gedanke, den klar enthält § 3 I. (4, 17).

Anders stand es bei der longi temporis praescriptio, welche in den Provinzen dem, der auf Grund guten Glaubens 10 Jahre inter praesentes, 20 inter absentes das Grundstück besessen hatte, zunächst eine Einrede, praescriptio, später eine Klage gab. Anfangs war die l. t. praescriptio, die besonders Ersitzung am ager provincialis ermöglichte, nur eine erlöschende Verjährung der Eigentumsklage[2]), welche durch die lit. cont. so wie jede andere Verjährung „unterbrochen" wurde. Auch als ihr dann der Charakter einer erwerbenden Verjährung zu Teil wurde, blieb es bei der Unterbrechung durch die lit. cont.[3]).

Justinian führte ferner noch eine longissimi temporis praescriptio, außerordentliche Ersitzung ein, die an den Besitz von 30 bezw. 40 Jahren und an den guten Glauben bei der Besitzerlangung Eigentumserwerb anknüpfte und abgesehen von dem Erfordernis des guten Glaubens bezüglich ihres Eintritts unter den Grundsätzen über die erlöschende Klagenverjährung stand. Es mußten also auch die Bestimmungen über die Unterbrechung der Klagenverjährung durch die lit. cont. resp. Insinuation für sie Anwendung finden[4]).

Während sich die longissimi temporis praescriptio erhielt, verschmolz Justinian die beiden alte Institute der usucapio und longi temporis praescriptio zu einem Institute von 3-, 10- oder 20-jähriger Ersitzungszeit, das bald usucapio bald longi temp. praescriptio heißt[5]). Es ist nun die Frage, welchem der beiden verschmolzenen Institute Justinian bei der Entlehnung der für unsere Untersuchung maßgebenden Bestimmungen die größte Bedeutung zugemessen hat. Die richtige Ansicht ist, daß Justinian auf die neu geschaffene usucapio die Grundsätze der alten usucapio angewandt wissen wollte, modifiziert durch einige von der longi temp. praescriptio genommene Bestimmungen. Dafür spricht pr. I. (2, 6), wo Justinian für die neue Ersitzung den Ausdruck usucapio gebraucht. Wenn nun also die Usukapion trotz der lit. cont. auch weiterläuft, so schadet dies dem

---

[1]) a. a. O. S. 113.

[2]) Wächter, a. a. O. Hft. III S. 101.

[3]) l. 2 C. (3, 19); l. 26 C. (3, 32); l. 1, 2, 10 C. (7, 33); l. 4 C. (7, 35).

[4]) Wächter, a. a. O. Hft. III S. 103, Dernburg, Pand. I § 219, Fritz, Ztschr. f. Zivilr. u. Proz. III Nr. 23, § 3, S. 439 ff.

[5]) l. una C. (7, 31).

Kläger nichts. Der Beklagte muß das im Laufe des Rechtsstreits erlangte Eigentum an den Kläger als causa rei zurückübertragen. Diese Meinung wird vertreten u. a. von Savigny, a. a. O. Bd. VI § 261; Vangerow, Pand. I § 160, Anm. II und § 316 Anm.; Puchta, Pand. I § 160 N. f.; Institutionen II. § 240; Katz, a. a. O. S. 21.

Die gegnerische Ansicht[1]), daß die Usukapion durch die lit. cont. unterbrochen werde, wird namentlich gestützt auf l. 2 C. (7, 40). Hier wird dem Eigentümer, wenn er gegen den Besitzer deshalb nicht vindizieren kann, weil dieser abwesend ist oder ein Kind ist, erlaubt, bei dem Bischof oder dem Präses der Provinz seine Klage einzureichen, worauf die Stelle fortfährt: et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem sive triennii, sive longi temporis, sive triginta vel quadraginta annorum sit. Wir werden nicht fehlgehen, wenn wir mit v. Savigny[2]) annehmen, daß diese Bestimmung den Zweck hatte, für einen Notfall den Ausweg zu finden, umsomehr als Justinian zu Beginn der Bestimmung mehrere Fälle aufzählt, wo ein solcher Ausweg nötig war.

Die zuletzt aufgestellten Grundsätze über Justinians Usukapion müssen auch für die actio confessoria gelten, wenn die umstrittene Servitut im Laufe des Prozesses durch non usus verloren geht. Die lit. cont. der Confessorienklage unterbricht den Untergang der Servitut durch Nonusus nicht. Die Servitut ist durch Nichtgebrauch wirklich untergegangen. Aber der Richter hat auf den Augenblick der lit. cont. zu sehen. Wenn er davon überzeugt ist, daß der klägerische Anspruch begründet gewesen wäre, wenn dieser Verlust während des Prozesses nicht eingetreten wäre, so muß er den Beklagten verurteilen, vorausgesetzt, daß dieser auf das arbitrium de restituendo hin nicht die Servitut durch in iure cessio, später durch Vertrag aufs neue wieder herstellt[3]).

Dieselben Streitfragen, welche für das Justinianische Recht bestanden, durchzogen auch das gemeine Recht. Besonders ist unser Grundsatz für das gemeine Recht noch aus dem Gesichtspunkt angegriffen worden, daß, weil die lit. cont. den Besitz zu einem unredlichen mache, die Usukapion nach kanonischem Recht aber durch mala fides superveniens unterbrochen werde, auch die Ersitzung durch die lit. cont. unterbrochen sein

---

[1]) z. B. Wächter, a. a. O. Hft. III S 102, 104. Roßhirt, zur Lehre von den Wirkungen des Prozesses, S. 37.

[2]) a. a. O. VI. S. 60.

[3]) l. 8 § 4, D. (8, 5); l. 10 D. (7, 2); l. 5 § 5 D. (7, 6). Keller, L.C. S. 174—177, v. Savigny, VI § 261, S. 61.

müsse [1]). Jedoch abgesehen davon, daß sich aus den von gegnerischer Seite angeführten Quellenstellen l. 20 § 11, l. 25 § 7 D. (5, 3) ergibt, daß der redliche Beklagte von der lit. cont. an in die Lage eines unredlichen nur bezüglich der Verpflichtungen des unredlichen Besitzers vor dem Prozeß [2]) gerät, ist die hier angenommene mala fides noch lange nicht die des kanonischen Rechts, die in einem „sündlichen Zustand" besteht [3]).

Im Anschluß an die erwerbende Verjährung wollen wir auch der erlöschenden gedenken. Die Ersitzung wurde, wie wir gesehen haben, durch die lit cont. nicht unterbrochen. Wie steht es mit der Klagenverjährung? §

Das Institut der Klageverjährung hat sich erst allmählich entwickelt. Das Zivilrecht kannte ursprünglich keine Klagenbefristung, abgesehen von Singularitäten wie l. Furia [4]). Nur der Magistrat gab eine Reihe von actiones honorariae ausschließlich während einer bestimmten Frist. Man nannte sie daher actiones temporales, befristete Klagen, die übrigen unbefristeten Klagen hießen actiones perpetuae. Die allgemeine Klagenverjährung haben erst Honorius und Theodosius II. im Jahre 424 n. Chr. eingeführt. Jetzt verjährt regelmäßig eine Klage nach Ablauf von 30, bezw. 40 Jahren. Die in solcher Weise befristeten Klagen nannte man nun actiones perpetuae und die kürzer befristeten actiones temporales.

Der Streit, ob die römische Klagenverjährung nur die actio, d. h. den Anspruch auf die Klage, das Klagerecht, ergriff oder auch das dem Anspruch zu Grunde liegende Recht mit all seinen sonstigen Wirkungen, sodaß im Falle der ersteren Alternative noch eine obligatio naturalis zurückgeblieben wäre [5]), ist für unsere Frage unerheblich. In jedem Falle wird das Klagerecht von der Verjährung ergriffen. Der Anspruch auf Klaganstellung ist an eine bestimmte Verjährungsfrist geknüpft.

Wurde ein Recht vor dem Ablauf seiner Verjährungsfrist eingeklagt, so ist es an sich gerechtfertigt, die Frage aufzuwerfen, auf welchen Zeitpunkt der Richter bei Abfassung seines Erkenntnisses zu sehen hat wenn die Verjährungsfrist während des Rechtsstreits ablauft, wenn also das Klagerecht innerhalb

---

[1]) So Sintenis, Erläuterungen Bd. I. S. 162 f. und Zivilrecht Bd. I. § 51, Not. 12

[2]) Siehe unten die Anm. 2 zu § 12, S. 31.

[3]) v. Savigny, a. a. O. VI. S. 57.

[4]) Gaius, Institutiones III, 121.

[5]) Lit. siehe Windscheid, Pand. I § 112 Anm. 3.

desselben untergeht. In Wahrheit aber kann hier von einer Endigung des klägerischen Rechts im Laufe des Prozesses gar nicht die Rede sein, weil das Klagerecht durch die Klageanstellung bereits verbraucht ist, also nicht mehr Gegenstand der Verjährung sein kann. In diesem Sinne ist hier die lit. cont. von maßgebender Bedeutung. Mit der Consumtion des Klagerechts wird der Verjährung der Boden entzogen. War also die Verjährung nicht bereits vor der lit. cont. eingetreten, so konnte sie nachher nicht mehr weiterlaufen[1]), weil die lit. cont. sie unmöglich, bezw. unschädlich machte[2]). Daher ist es schief, wenn allgemein von einer „Unterbrechung" der Klagenverjährung durch die lit. cont. gesprochen wird, weil man hierdurch zu Mißverständnissen geführt wird. Man könnte z. B. in Zweifel darüber geraten, ob die durch die lit. cont. „unterbrochene" Verjährung nicht nach ihrer „Unterbrechung" wieder von neuem in Lauf gesetzt werden kann[3]). Das Ausgeführte gilt sowohl für die Klagenverjährung des klassischen Rechts wie für die von Theodosius allgemein eingeführte Klagenverjährung.

Die lit cont. hat auf der einen Seite konsumierende Wirkung, auf der anderen konservierende Kraft für das Recht des Klägers. Das in iudicum deducierte Klagerecht ist ein neubegründetes Recht des Klägers. An die Stelle der alten obligatio dare oportere ist die neue obligatio condemnari oportere getreten; die vor der lit. cont. für die alte materielle Obligation in Lauf gesetzte Verjährung hat auf die neue Prozeßobligation keine Wirkung mehr.

Soll die Prozeßobligation nicht ewige Dauer haben, so müssen neue Gründe eintreten, welche ihr ein Ziel setzen[4]). Den entscheidenden Schritt tat Theodosius der II. Er hob die alte Perpetuation der Klagen auf und ließ eine neue 30jährige Verjährung eintreten. Das Objekt dieser neuen Verjährung war nun das in iudicium deduzierte Klagerecht[5]), die obligatio condemnari oportere, und nicht der schwebende Prozeß selbst (lis pendens), wozu die Bezeichnung dieser Verjährung als Verjährung der Litispendenz leicht führt. Maßgebend ist hier wiederum die lit. cont.[6]) Wenn also die Verjährung durch die

---

[1]) Man sprach deshalb von der Perpetuation der Klagen durch die lit. cont.; post lit. cont. perpetuatur obligatio l. 8 § 1. D. (27, 7).

[2]) Puchta, Inst. II (§ 203).

[3]) Puchta, a. a. O. und Buchka, Bd. I. S. 173.

[4]) Zimmern, a. a. O. § 121.

[5]) Buchka, II S. 57.

[6]) Buchka, II S. 60.

lit. cont. „unterbrochen" wurde, aber dann der Prozeß liegen blieb, so lief jetzt von der lit. cont. ab eine neue 30 jährige Verjährung für die Prozeßobligation.

Zum Beweise für unsere Ansicht, daß auch für die Verjährung der Litispendenz die lit. cont. maßgebend ist, dient die l. un. § 1 C. Th. (4, 14)[1]. Den Teil nisi allegato-conventio, der von den Gegnern benutzt wird, um den maßgebenden Prozeßabschnitt schon früher anzusetzen, erklärt Wächter[2]) als nur für den besonderen kaiserlichen Reskriptsprozeß geltend.

Erst zur Zeit Justinians ist die Insinuation, die Mitteilung der vom Kläger bei Gericht eingereichten Klageschrift an den Beklagten, allein maßgebend[3]). Im Zusammenhang hiermit erkannte Justinian die sog. Verjährung der Litispendenz an und dehnte ihre Dauer auf 40 Jahre aus[4])[5]). Wenn der Prozeß liegen blieb, unterlag das klägerische Recht jetzt vom Zeitpunkt der Insinuation ab einer neuen Verjährung von 40 Jahren.

Unterholzner[6]) jedoch führt die „Unterbrechung" der Verjährung auch bei Justinian auf die lit. cont. zurück. Aber abgesehen davon, daß er die unsere Ansicht beweisenden Stellen nicht berücksichtigt, ist die Aufnahme der von ihm als Beleg angeführten Stellen nach der übereinstimmenden Ansicht der meisten Schriftsteller ein Versehen der Kompilatoren[7]). Mit Unterholzner geht Vangerow[8]). Nach Puchta[9]) soll die „Unterbrechung" der Verjährung schon früher, die Perpetuation

---

[1]) Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, ex quo competere iure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem. Nec sufficiat precibus oblatis speciale quoddam, licet per amotationem, meruisse responsum, vel etiam iudiciis allegasse, nisi allegato sacro rescripto aut in iudicio postulatione deposita fuerit subsecuta conventio. In eandem rationem illis procul dubio recasuris, quae post litem contestatam in iudicium actione deducta habitoque inter partes de negotio principali conflictu, triginta denuo annorum devoluto curriculo, tradita oblivioni ex diuturno silentio comprobantur.

[2]) a. a. O. Hft. III S. 92.

[3]) l. 7 pr. § 1, § 5 C. (7, 39); l. 3 § 1 C. (7, 40).

[4]) Arndts Pandekten I § 113 Anm 4c; Wächter, a. a. O. Hft. III S. 93.

[5]) l. 9 C. (7, 39).

[6]) Verjährungslehre Bd. I. S. 440.

[7]) v. Savigny, a. a. O. V. § 242; Windscheid, Pand. I. § 108 Anm. 4; Katz, a. a. O. S. 33.

[8]) Pand. I § 160. Anm. I.

[9]) Kursus d. Institution Bd. II § 208.

der Klage oder die Verjährung der Litispendenz aber erst nach der lit. cont. eintreten[1]).

Ferner lassen Sintenis[2]) u. A. die „Unterbrechung" schon mit dem Anbringen der Klage bei Gericht eintreten. Ihn widerlegt treffend v. Savigny[3]) und Wächter[4]), indem letzterer darauf hinweist, daß die zweifelhaften Konstitutionen Justinians nicht zum Zweifel berechtigen, „ob nicht schon mit dem Anbringen der Klage die Verjährung unterbrochen würde, sondern ob sie nicht noch mehr als die Insinuation, nämlich ob sie nicht die vollendete Litiskontestation verlangen."

Im gemeinen Recht läßt sich derselbe Grundsatz aufstellen wie für das Justinianische Recht[5]); wir finden auch hier dieselben Gegner.

§ 7.

Wir haben unser Prinzip noch für den Fall zu untersuchen, daß das Klagerecht durch den Tod einer Partei untergeht. In der Regel gilt allerdings: actiones heredi et in heredem competunt. Jedoch gehen aktiv, mit dem Tode des Klageberechtigten, die actiones vindictam spirantes nicht auf dessen Erben über, da sie eine Genugtuung wegen persönlicher Verletzung gewähren sollen, und ferner gehen passiv, mit dem Tode des Beklagten, nicht auf dessen Erben die Klagen aus unerlaubten Handlungen über, und zwar waren unbedingt vom Uebergang ausgeschlossen die actiones mere poenales. Auf welchen Zeitpunkt muß nun gesehen werden, wenn die actiones vindictam spirantes und von den Klagen aus unerlaubten Handlungen besonders die actiones poenales durch Tod des Klägers oder des Beklagten nach Prozeßbeginn untergehen?

Die Quellenstellen[6]) bekunden den in diesem Fall eintretenden Uebergang der Klagen auf die Erben. Von Savigny[7]) sieht den Grund der eintretenden Vererblichkeit in der „in der lit. cont. enthaltenen kontraktlichen Obligation, durch welche diejenige Eigenschaft des früheren Rechtsverhältnisses absorbiert wird, in der die Unvererblichkeit begründet war." Auf Grund der l. 33 D. (44, 7) wollen aber einige

---

1) Widerlegt bei Wächter, a. a. O. Hft. II. S. 94, Not. 29 b und 97 f.

2) Erläuterungen Bd. I, S. 150.

3) a. a. O. Bd. V § 242, 243.

4) a. a. O. Hft. III S. 93 ff.

5) Wächter, a. a. O. Hft. III S. 93, 96.

6) l. 29 D. (46, 2); l. 13 pr. D. (47, 10); § 1 I. (4, 12).

7) a. a. O. Bd. VI S. 64.

nicht die lit. cont., sondern schon die Insinuation als maßgebenden Zeitpunkt betrachten[1]).

Diese Stelle des Paulus würde dann den anderen und besonders auch einer anderen Stelle des Paulus selbst l. 164 D. (50, 70) widersprechen. Zwecks Beseitigung des Widerspruchs wird die abweichende Ansicht der l. 33 D. (44, 7) als eine Folge davon bezeichnet, daß die lit. cont. durch Schuld des Verstorbenen zulange verzögert wurde[2]).

Wir schließen uns nach dem Vorbild v. Savigny's[3]) der Meinung an, daß Paulus hier von einer fiskalischen Sprache spricht, welche extra ordinem, also nur vor Fiskalbeamten verfolgt wurde, sodaß hier kein Judex eingesetzt wurde und es an einer eigentlichen lit. cont. fehlte[4]). Durch kaiserliche Konstitution ist also hier die Insinuation als Surrogat der fehlenden lit. cont. angeordnet worden.

Es liegt in der Natur der Sache, das solche Rechte, welche ausschließlich dem Interesse einer bestimmten Person dienen, nicht auf den Erben übergehen[5]). Hierhin gehören z. B. mehrere Ansprüche aus dem Familienrecht.

Auch im gemeinen Recht mußte auf den Zeitpunkt der lit. cont. gesehen werden[6]). Den Augenblick des Anbringens der Klage will Sintenis[7]) für die actiones vindictam spirantes berücksichtigen, wird aber von Wächter[8]) widerlegt.

Derselbe frühere Zeitpunkt sollte schließlich nach Sintenis's[9]) Ansicht seit der K.G.O. v. 1555 Tl. II Tit. 9 § 6 ausschlaggebend sein. Jedoch handelt es sich hier um den Spezialfall der Landfriedensbruchklage.

§ 8.

Neben die erwähnten Voraussetzungen auf Seiten des Klägers treten öfters noch „faktische" Verhältnisse, welche in der Person des Beklagten vorliegen. Dies ist z. B. der Besitz

---

[1]) Asverus, Lehre von der Denunziation, S. 205 ff; Kierulff, Theorie Bd. I S. 281 ff. u die bei Glück, Bd. VI S. 196 Genannten.

[2]) Glück, Bd. VI S. 196 und die dort Angeführten, Vangerow, Pand. I § 145 Anm. III, die insgesamt zu ihrer Auslegung durch zu enge Auffassung des conventus von der blos erhobenen Klage geführt wurden; so v. Savign'y, a. a O. Bd. VI S. 19 ff.

[3]) a. a. O. Bd. VI S. 19 ff.

[4]) Bestätigt wird diese Ansicht durch die Inskription der Stelle.

[5]) Vangerow, Pand. I § 145 Anm. I; Windscheid, Pand I § 124.

[6]) Wächter, a. a. O. III S. 111 ff.

[7]) Erläuterungen Bd. I. S. 146.

[8]) a. a. O. Hft. III S 85 f.

[9]) a. a. O.

des Beklagten bei der Eigentums- und Erbschaftsklage. Wenn diese „faktischen" Voraussetzungen nach Beginn des Prozesses hinwegfallen, so fehlt es an den Voraussetzungen für die Verurteilung, mag auch das klägerische Recht als eigentliche Klagegrundlage begründet sein[1]). In diesem Falle darf eine Verurteilung nicht erfolgen, vorausgesetzt, daß der Untergang der „faktischen" Verhältnisse den Beklagten nicht verantwortlich macht. Dies ergibt sich aus einer Reihe von Quellenstellen, die einzelne Rechtsverhältnisse regeln. So bezüglich der Eigentumsklage l. 27 § 1 D. (6, 1), bezüglich der hereditatis petitio l. 41 D. (5, 3); ebenso für die actio ad exhibendum l. 7 § 5 D. (10, 4); für die actio de peculio bezüglich des Wegfalls und der Größe des Pekuliums l. 10 D. (15, 1); l. 5 § 2 D. (34, 3); l. 7 § 14 D. (42, 4); für das beneficium in id quod quis facere potest für die Frage nach dem Umfang der Notdürftigkeit l. 63 § 6 D. (17, 2).

Eine Ausnahme bildete die Noxalklage, indem hier auf den Zeitpunkt der lit. cont. zu sehen war, der Beklagte also, der den Besitz nach der lit. cont. wenn auch ohne Schuld verlor, dennoch zu verurteilen war[2]), wovon es jedoch wieder Ausnahmen gab[3]).

Voraussetzung der Absolution des Beklagten war, wie oben angedeutet, daß ihn nicht ein besonderer, obligatorischer Grund verantwortlich machte.

Solche Gründe konnten sein:

1) is qui liti se obtulit, d. h. der, welcher wissentlich den Anschein erregte, als ob er besäße.
2) is qui dolo desiit possidere, wer sich doloser Weise des Besitzes entledigte,
3) mala fides, d. h. Unredlichkeit des Besitzes.

Von dem Einfluß dieser Umstände wird später bei der Untersuchung des maßgebenden Zeitpunktes für den Umfang der Verurteilung die Rede sein.

Die Geltung des Prinzips im gemeinen Recht ergibt sich aus Wächter, a. a. O. und Schmid, a. a. O.

§ 9.

Nicht von einer Endigung des klägerischen Rechts kann man im Falle der Veräußerung des Prozeßgegenstandes oder des auf diesen erhobenen Anspruchs sprechen.

---

[1]) Wächter, a. a. O. Hft. III. S. 127 ff.; Schmid im Archiv f. d. ziv. Praxis S. 210 ff.
[2]) l. 58 D. (6, 1); l. 1 § 12, 13 D. (9, 1).
[3]) l. 14, 42 pr. D. (9, 4).

Verboten war die Dedikation der res litigiosa in sacrum schon in den 12 Tafeln. Das Verbot wurde später dahin geändert, daß der **Verkauf** streitiger Grundstücke verboten wurde. Das verallgemeinerte Verbot der **Veräußerung** von res litigiosae erging jedoch erst unter Augustus[1]). Schließlich erstreckte sich das Verbot auch auf Veräußerung des Rechtes an einer streitigen Sache und auf Cession streitiger Forderungen. Jedoch erst Justinian verbot die Entäußerung einer res litigiosa im weitesten Sinne und die Veräußerung rechtshängiger Klagen[2]). Und zwar tritt hier das Veräußerungsverbot schon von der Insinuation an in Wirksamkeit[3]), während bisher die lit. cont. maßgebend war[4]).

Welcher Art die Strafen und der Umfang des Verbots auch sein mochten, richtiger Ansicht[5]) nach bewirkte das Verbot Unwirksamkeit der Veräußerung für den Prozeß. Dieser konnte weiter geführt werden, als ob die Veräußerung nicht stattgefunden hätte[6]). Jedenfalls trat also keine Endigung des klägerischen Rechts ein. Man sah auf den Zeitpunkt der lit. cont. resp. seit Justinian auf den der Insinuation.

§ 10.

Wir haben für die Möglichkeit, daß die juristischen Bedingungen der Verurteilung erst während des Rechtsstreits zur Entstehung gelangen, bereits oben das Prinzip aufgestellt, welches noch im gemeinen Recht seine Geltung bewahrt hat; nämlich der Richter hat hier lediglich auf den Zeitpunkt des Prozeßbeginns zu sehen und den Kläger auf einen neuen Prozeß zu verweisen.

Wir wollen mit v. **Savigny** unterscheiden zwischen den „rechtlichen" Voraussetzungen, d. h. den klagebegründenden Tatsachen, die auf Seiten des Klägers liegen, und den „faktischen" Voraussetzungen, die in der Person des Beklagten vorliegen und mit den ersteren zusammen die Sachlegitimation ausmachen.

Der strenge Grundsatz ist für die „rechtlichen" Voraussetzungen mit Recht aufgestellt. Denn Zweck des milderen

---

1) Gaius IV § 114 fragm. de iure fisci § 8.

2) Tit. D. (44, 6); C. (8, 36); Nov. 112 cap. I.

3) Nov. 112 Kap. 1, wie hier Justinian entscheidet.

4) l. 1 § 1 D. (44, 6). B. **Windscheid**, Pand. I § 125 wird die Litigiosität auf die Eigentums- und Teilungsklagen beschränkt.

5) f. **Windscheid**, Pand. I § 125; **Klepzig-Giebmans**, die materiell-rechtl. Wirkg. S. 31.

6) l. 2 C. (8, 36): tamquam si nihil factum sit, lite nihilominus peragenda.

Prinzips war es, den Kläger infolge der Verzögerung des Urteils vor Nachteil zu schützen, aber nicht ihm einen reinen Vorteil zu verschaffen. Hierzu aber würde die Anwendung des milderen Prinzips führen, da der Kläger, zur Zeit der lit. cont. noch nicht sachlich legitimiert, abgewiesen werden müßte und nur unter Berücksichtigung einer erst im Laufe des Prozesses eintretenden Klagebegründung siegen könnte. Es liegt also im Interesse der Billigkeit, hier das strengere Prinzip anzuwenden, zumal da der Kläger, zum ersten Mal abgewiesen, selbst im älteren römischen Recht sein später entstandenes Recht zum zweiten Mal einklagen durfte [1]). Denn das neu erworbene Recht bildete [2]) eine nova causa, die durch die erste Klage noch nicht konsumiert war. Der Kläger brauchte also bezüglich dieses Erwerbsgrundes die exceptio rei iudicatae nicht zu befürchten.

Wir folgen bei Aufstellung des Grundsatzes den bedeutendsten Juristen: Glück, Pand. Comm. Bd. VIII S. 147 ff.; Arndts Pand. I § 113 Anm. 4a; v. Savigny, a. a. O. Bd. VI § 262; Schmid, a. a. O. S. 204 ff.; Vangerow, Pand. I § 160 Anm. III; Wetzell, System des ordentl. Zivilpr. § 14 S. 114; Windscheid, Pand. I § 128, und stützen unsere Ansicht auf l. 23 D. (5, 1):

Non potest videri in iudicium venisse, quod post iudicium acceptum accidisset; ideoque alia interpretatione opus est.

Hier wird der Grundsatz ganz allgemein ausgesprochen, ohne Unterscheidung der actiones in rem und in personam und unter letzteren etwa wieder der actiones stricti iuris und bonae fidei, eine Unterscheidung, welche Wächter [3]), Keller [4]), Buchka [5]) machen. Ferner berufen wir uns auf die l. 35 D. (5, 1), welche nur von persönlichen Klagen spricht, von diesen aber allgemein ohne die angeführte Unterscheidung, weiter auf l. 7 § 7 D. (10, 4) wonach der Beklagte bei einer actio ad exhibendum nicht verurteilt wird, wenn das vom Kläger erforderte Interesse an der Exhibition erst während des Rechtsstreits entsteht. Das Interesse muß zur Zeit der lit. cont. und zur Zeit der Verurteilung da sein.

Schließlich steht uns noch die l. 11 § 4, 5 D. (44, 2) zur Seite, wonach dem Kläger, der das Eigentum erst nach der

---

[1]) l. 11, § 4, 5 D. (44, 2).
[2]) Wie v. Savigny, a. a. O. Bd. VI, S. 65.
[3]) a. a. O. Hft. III S. 121.
[4]) a. a. O. S. 185, 187.
[5]) a. a. O. Bd. I S. 199.

lit. cont. erwirbt, im neu eingeleiteten Verfahren nicht das abweisende Urteil durch exceptio rei judicatae entgegenstehen sollte.

Wächter[1]) verwirft unseren Grundsatz für das Justinianische Recht unter Bezugnahme auf § 35 J. (IV, 6). Jedoch enthält diese Stelle kein neues Prinzip, sondern nur eine Regelung für den einzelnen Fall, daß der Kläger aus Versehen den Gegenstand der Klage unrichtig benannt oder auf zu wenig geklagt hat. Hier soll ihm nämlich Aenderung des Klagelibells und -grundes noch in demselben Prozeß erlaubt sein. Dagegen macht die Stelle von einem neu entstandenen Rechte keine Erwähnung.

Wir haben zu beweisen versucht, daß unser Grundsatz auch für die persönlichen Klagen galt, und finden hierbei Unterstützung bei v. Savigny, a. a. O., Vangerow a. a. O. Arndts, Pandekten § 113, Windscheid, a. a. O. Für die persönlichen actiones bonae fidei soll jedoch nach Wächter[2]), Keller[3]) und Franck[4]) die l. 17 D. (17, 1) Beweis für Geltung des milderen Prinzips erbringen:

Si mandavero tibi, ut a Titio decem exigeres et ante exacta ea mandati tecum egero, si ante rem iudicatam exegeris, condemnandum te esse constat.

Nach v. Savigny[5]) liegt der Stelle jedoch folgender Sinn zu Grunde: Schon durch den übernommenen Auftrag zur Eintreibung des Geldes wird die actio mandati begründet, muß also Verurteilung erfolgen. Es kann sofort auf Erfüllung des Auftrages, resp. auf das Interesse geklagt werden, jedoch von der Eintreibung an auf Zahlung des Empfangenen. Die Stelle ist also zu ergänzen: exegeris „decem“ condemnandum te esse constat und nicht hinzudenken: „si non egeris absolvendum te esse.“

Wir haben also, da der Widerspruch mit den anderen Quellenstellen somit nur ein scheinbarer ist, nicht nötig, zu dessen Behebung vorgenannte Unterscheidung von actiones bonae fidei und stricti iuris zu treffen, abgesehen davon, daß diese Unterscheidung durch andere Stellen widerlegt ist.

Als eine Besonderheit wird der Fall aufgefaßt, daß ein

---

[1]) a. a. O. Hft. III S. 122.

[2]) a. a. O. Hft. III S. 121.

[3]) L.C. S. 185, 187.

[4]) Ueber den für Voraussetzungen und Umfang der Verurteilung maßgebenden Zeitpunkt, S. 27, welcher für seine Ansicht Bethmann-Hollweg, a. a O. II S. 516 anzieht, der aber gerade unsere Ansicht ausspricht.

[5]) a. a. O. Bd. VI. S. 68.

von einer Suspensivbedingung oder von einem dies a quo abhängiges Recht schon vor Eintritt der Bedingung oder des dies eingeklagt wird, die Bedingung oder der dies a quo aber im Laufe des Prozesses eintreten[1]). Hier soll nämlich nach l. 16 pr. D. (5, 3); l. 9 · § 5 D. (13, 7) auf den Zeitpunkt der Verurteilung gesehen, der Beklagte also verurteilt werden. Der Widerspruch ist nur ein scheinbarer. Denn durch die condicio oder dies ist nicht das Recht selbst bedingt, sondern nur seine Wirkung, sodaß das Recht selbst schon vor Prozeßbeginn vorhanden ist und nur die Wirksamkeit erst im Laufe des Prozesses eintritt.

Im kanonischen Recht erfährt unser Grundsatz jedoch durch Cap. III de sentent. in VI. (2, 14) eine Einschränkung. Bei dinglichen Klagen nämlich soll unterschieden werden, ob in der Klage auch der Erwerbsgrund angeführt ist oder nicht. Im letzteren Fall soll dann entgegen dem römischen Recht auf den Zeitpunkt der Verurteilung gesehen, ein später eingetretener Erwerbsgrund also berücksichtigt werden. So v. Savigny, a. a. O. Bd. VI S. 70 ff., Windscheid, Pand. I. § 128, Vangerow, Pand. I § 160 Anm. III gegen Wächter, a. a. O. Hft. III S. 123 ff., der noch herauslesen will, daß, wenn bei Angabe des speziellen Erwerbsgrundes während des Prozesses gerade dieser Erwerbsgrund entsteht, auch hier auf den Zeitpunkt des Urteils gesehen werden müsse.

Damit ist auch bewiesen, daß wenn adjecta causa geklagt wurde, also der aufgestellte Grundsatz auch im kanonischen Recht galt, durch dieses auf das gemeine Recht eine abändernde Wirkung nicht erfolgen konnte. Eine solche wäre nur möglich gewesen, wenn ohne Angabe des Erwerbsgrundes geklagt wurde; aber auch hier wurde die Anwendung der im kanonischen Recht enthaltenen Besonderheit durch den J.A.R. 1654 §§ 34, 37, 41 unterbunden, wo die „spezielle Fassung der Klage als auch der Klagebeantwortung" geboten wurde. In der AGO. vom Jahre 1793, wo fast bis zum Schlußtermin noch vorgebrachte neue Umstände und Tatsachen berücksichtigt werden konnten, findet sich die erste grundsätzliche Abweichung vom Prinzip.

§ 11.

Es bleibt noch übrig die Feststellung des maßgebenden Zeitpunktes für den Fall, daß die „faktischen" Voraussetzungen auf Seiten des Beklagten erst nach der lit. cont. entstehen.

---

[1]) z. B. Legers, auf welchen Zeitpunkt kommt es bei der Verurteilung im Zivilprozeß an? S. 28.

Das römische Recht befolgt das Prinzip, daß nur das in der intentio Enthaltene zur Zeit der lit. cont. vorhanden sein muß. So l. 30. pr. D. (15, 1): Da in der intentio nichts von den „faktischen" Verhältnissen steht, so wird durch ihr Fehlen nicht das „Intenditur enim recte" ausgeschlossen, also auch nicht die Verurteilung. Eine Anwendung dieser Bestimmung ist der für die „rechtlichen" Voraussetzungen geltende Grundsatz, da diese in der intentio enthalten waren. Im vorliegenden Falle aber muß, da die intentio die „faktischen" Voraussetzungen nicht enthält, deren Vorhandensein zur Zeit der Verurteilung genügen[1]).

Als innerer Grund dieser Regel kann auch noch die Erwägung dienen, daß es im Falle des vorigen Paragraphen die Verteidigung des Beklagten bedeutend erschweren würde, wenn man nicht eine neue Klage erfordern wollte. Hier jedoch greift dieser Grund nicht Platz. Es läßt sich auch im anhängigen Prozeß ein befriedigendes Urteil erwarten[2]). Der Kläger soll sich, bevor er eine Klage anstrengt, erst genügend überlegen, ob ihre Voraussetzungen vorhanden sind. Nachträglich entstehender Angriffsmittel darf er sich daher nicht bedienen. Der Beklagte aber, der sich in gezwungener Lage befindet, dem seine gerichtliche Ladung ganz unverhofft kommen mag, muß billiger Weise von nachträglichen Verteidigungsmitteln Gebrauch machen können[3]).

Wir müssen unsere Regel aus den einzelnen Anwendungsfällen beweisen. So wird für die Vindikation der Besitz des Beklagten zur Zeit der Urteilsfällung erfordert: l. 27 § 1 D. (6, 1), ebenso für die Erbschaftskage: l. 18, 1 D. (5, 3), für die Exhibitionsklage: l. 7 § 4 D. (10, 4), bei der actio de peculio das Vorhandensein des Pekuliums: l. 30 pr. D. (15, 1). Dasselbe ist gesagt für die actio depositi bezüglich des Vorhandenseins der deponierten Sache: l. 1 § 21 D. (16, 3), für die actio pigneratica bezüglich der Tilgung der Hauptforderung: l. 9 §§ 3, 5 D. (13, 7).

Es sind noch zwei Ausnahmen zu konstatieren; nämlich für die Noxalklage muß auf den Zeitpunkt der lit. cont. gesehen werden bezüglich des Besitzes[4]); außerdem gilt bei der Bereicherungsklage für die Existenz und den Umfang der Bereicherung der Zeitpunkt der lit. cont. als maßgebend[5]).

---

[1]) Keller, L.C. S. 190 ff.; Vangerow, Pand. I. § 160 Anm. III; Windscheid, Pand. I. § 128.
[2]) v. Savigny, a. a. O. Bd. VI. S. 78.
[3]) Siehe auch Franck, a. a. O. S. 26.
[4]) l. 37, 38 pr. D. (9, 4).
[5]) l. 36, 37 pr. D. (3, 5).

Auch im gemeinen Recht hat sich der Grundsatz erhalten [1]).

§ 12.

Ebenso wie die Voraussetzungen der Verurteilung ist auch der Umfang der Verurteilung während des Prozesses Veränderungen unterworfen. Die Frage nach dem maßgebenden Zeitpunkt für den Umfang der Verurteilung ist also gerechtfertigt. Sie fällt zusammen mit der Frage nach dem maßgebenden Zeitpunkt für die Entstehung oder Verschärfung der Haftung des Beklagten in Bezug auf die Veränderungen des Streitgegenstandes, die in Erweiterungen und Verminderungen bestehen. Die Haftung des Beklagten begreift also Herausgabe oder Ersatz der Erweiterungen und Ersatz der Verminderungen, Begriffe, welche die Quellen unter dem Ausdruck omnis causa oder causa rei zusammenfassen.

Für die Entstehung oder Verschärfung der Herausgabe- und Ersatzverbindlichkeit ist die lit. cont. der entscheidende Zeitpunkt, und zwar in der Weise, daß das Urteil seinem Inhalt nach auf den Zeitpunkt der lit. cont. zurückbezogen wird. Die Quellen (z. B. l. 20 D. (6, 1)) drücken dies so aus:

Nec enim sufficit, corpus ipsum restitui, sed opus est, ut et causa rei restituatur, id est, ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore quo iudicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset.

Alles, was der Kläger haben würde, wenn er zur Zeit der lit. cont. die Sache gehabt hätte, muß ihm zugesprochen werden. Die Folge dieser Rückbeziehung ist nun eine bedeutende Steigerung des klägerischen Anspruchs. Aber der Grundsatz muß im Interesse der Billigkeit gegenüber dem Beklagten mannigfache Einschränkungen erfahren. Windscheid [2]) faßt diese zusammen, indem er den Beklagten für omnis causa nur einstehen läßt,

1) wenn er sonst lediglich durch die Dauer des Prozesses Vorteil gehabt hätte [3]),

2) wenn ihn eine Schuld trifft. Dies trifft auch zu, wenn sich der unredliche Beklagte trotz seiner Ueberzeugung auf den Prozeß einläßt; ferner wenn der redliche Beklagte entgegen seiner in der Anmerkung 2 S. 34 besprochenen Sorgfaltspflicht handelt.

---

[1]) Siehe Dernburg, Pand. I § 154 u. d. ob. angef. Schriftsteller.
[2]) Pand. I § 124.
[3]) l. 17 § 1 D. (6, 1), **lucrum ex eo homine qui in lite esse coeperit, facere non debet.**

Diesen Grundsatz wollen wir jetzt im einzelnen untersuchen und die Haftung des Beklagten für Erweiterungen und Verminderungen getrennt behandeln.

Die Erweiterungen zerfallen in Früchte und in zufällige Erweiterungen, erstere wieder in fructus naturales — diejenigen Früchte, welche aus einer Sache oder einem Recht nur vermittelst eines Rechtsverhältnisses nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft gewonnen werden. — Zu den fructus naturales gehören Pflanzen-, Tier- und Bodenprodukte, zu den fructus civiles Pacht- und Mietgeld, Kapitalzinsen, im römischen Recht auch Erwerb aus der Arbeit von Sklaven. Bei unserer Untersuchung werden wir aber von dem aufgestellten Begriff erst noch einen Abzug machen müssen. Die zum Zwecke der Gewinnung aufgewandten Kosten werden aus Billigkeitsrücksichten abgezogen werden müssen, sodaß der Kläger nur das Reineinkommen erhält[1]).,

Unter zufälligen Erweiterungen verstehen wir jede Erweiterung der Hauptsache, die nicht zu den Früchten gerechnet wird, z. B. Alluvion, der gefundene Schatz, Sklavenkinder, u. s. w.

Die Untersuchung sei zunächst auf die gezogenen Früchte und die zufälligen Erweiterungen beschränkt.

Die angedeuteten Einschränkungen unseres Grundsatzes knüpfen sich an die vorhandene mala fides resp. mora[2]) auf Seiten des Beklagten.

---

[1]) So l. 1 C. (7, 51): hoc fructuum nomine continetur, quod iustis sumptibus deductis superest

[2]) Bei der großen Rolle, die in folgender Betrachtung die mala fides, Unredlichkeit bei dinglichen Rechtsverhältnissen, und die mora bei persönlichen Rechten spielt, erscheinen folgende Bemerkungen hierüber angebracht.

U. A. behaupten Bayer, Vortr. üb. d. gem. Zivilprozeß S. 223, 234, Linde, Lehrbuch des deutschen gem. Zivilpr. § 200 Not. 4, 5, daß mit der lit. cont der mittels einer dinglichen Klage Belangte in mala fides komme, der mit einer persönlichen Klage Belangte in mora. Die von ihnen für die mala fides angeführten Belege sind die l. 20 § 11, l. 25 § 7 D. (5, 3), erstere enthaltend die Worte: ex quo quis scit a se peti, incipit esse malae fidei possessor. Diese erklären sich wie folgt: Wie l. 10 C. (7, 32) sagt, muß sich der Beklagte nach der lit. cont. wenigstens der Möglichkeit seines Unrechts bewußt werden; er muß demnach den Streitgegenstand als einen fremden behandeln und ist zu einer gewissen Sorgfalt verpflichtet. Durch Verletzung dieser Sorgfalt verfällt er in mala fides, in dieser Beziehung bezeichnen ihn die genannten Stellen als malae fidei possessor. In diesem Sinne dürfen wir auch sagen: „Durch die lit cont. gerät der redliche Besitzer in die Lage eines Unredlichen, aber eben nur bezüglich der Verpflichtungen, die ein unredlicher Besitzer vor dem Prozeß hat", da auch Paulus noch nach der lit. cont. zwischen redlichem und unredlichem Besitzer unterscheidet.

Was die dinglichen Klagen anlangt, so haftet der redliche Besitzer[1]) für die zur Zeit der lit. cont. vorhandenen Früchte und von der lit. cont. ab für die gezogenen vorhandenen, verzehrten und wegen culpa nicht gezogenen Früchte, unter welch letzteren[2]) diejenigen zu verstehen sind, die ein diligens pater familias hätte ziehen können.

Für den unredlichen Besitzer hat die lit. cont. weniger Bedeutung, da er schon vor der lit. cont. so haftet wie der redliche nach der lit. cont.[3]). Von Einfluß ist hier die lit. cont. nur auf die Haftung für nach der lit. cont. vernachlässigte Früchte[4]).

Bei den persönlichen Klagen ist die lit. cont. nicht von solch einschneidender Bedeutung. Denn der Beklagte muß auf Grund der Obligation schon vorher omnis causa praestieren. Nur bezüglich der nach der lit cont. vernachlässigten Früchte wird die Haftung verschärft[5]).

(l. 40 pr. D. (5, 3)). Paulus begründet seine Ansicht damit, daß sonst der redliche Besitzer vor Furcht, sich einer solchen Gefahr auszusetzen, lieber auf sein gutes Recht verzichten würde (v. Savigny, a. a. O. Bd. VI. S. 84—90, Wächter, a. a. O. Hft. III S. 106, Vangerow, Pand. I. § 160 Anm. IV).

Zum anderen muß auch die Ansicht zurückgewiesen werden, als ob auf Grund der genannten Stellen die mala fides schon mit der Mitteilung der Klage zu fingieren sei; denn die hier aufgestellte Besonderheit, welche nur den eigentümlichen Bedürfnissen der Erbschaftsklage gerecht wird, zu verallgemeinern, ist unstatthaft.

Was die mora anbetrifft, so kann die l. 82 D. (45, 1) nicht mehr als Stützpunkt für die gegnerische Ansicht gelten. Denn wie v. Savigny aus anderen Stellen nachweist, ist für die Worte: Et hic moram videtur fuisse, qui litigare maluit quam restituere die Ergänzung „ohne Grund" erforderlich (v Savigny, a. a. O. Bd VI § 264 Not. d, g.) Dann kommt der Beklagte in mora, wenn er ohne Grund vorzieht zu prozessieren, obwohl er weiß, daß er restituieren muß Erst „die frivole Prozeßführung setzt die mora voraus oder begründet sie wenigstens" (v. Savigny, a. a. O. Bd. VI § 264). Sonst kann die mora sogar noch während des Prozesses fehlen, während sie in anderen Fällen schon vor dem Rechtsstreit vorliegen kann. Die Untersuchung ist lediglich Tatfrage (Vangerow, Pand. I. § 160 Anm. IV).

Wir kommen also zu dem Schluß, daß die lit. cont. keineswegs mala fides oder mora zur unmittelbaren Folge hat, mögen ihre Wirkungen auch vielfach mit denen der mala fides und mora übereinstimmen (v. Savigny, a. a. O. Bd. VI S. 81). Wir dürfen höchstens in dem oben angegebenen Sinne die mala fides fingieren, daß also mit der lit. cont. der redliche Beklagte als unredlicher zu behandeln ist.

[1]) Nach § 2 J. (4, 17); l. 22 C. (3, 32).
[2]) Nach Paulus sent. rec. I. 13. A. § 9.
[3]) l. 22 C. (3, 32).
[4]) Siehe § 13.
[5]) Siehe § 13.

Allerdings tritt hier, wenn vorher keine Verpflichtung zur Leistung der omnis causa bestand, diese wenigstens mit der lit. cont. ein[1]). Von den Zinsen wird in § 14 gehandelt werden.

Erst mit der lit. cont. beginnt auch bei persönlichen Klagen die Haftung für omnis causa, wenn sie stricti iuris sind und auf einen dem Vermögen des Klägers bisher nicht zugehörenden Gegenstand gerichtet sind[2]).

Auf eine Gleichstellung der zufälligen Erweiterungen mit den Früchten bezüglich unserer Untersuchung lassen schließen l. 34 D. (6, 1); l. 9 § 7 D. (10, 4); l. 27 pr. D. (5, 3); l. 17 § 1, l. 20 D. (6, 1).

§ 13.

Großer Streit herrscht bezüglich der fructus percipiendi. Diese werden von § 2 I. (4,17) definiert als fructus, qui culpa possessoris percepti non sunt, d. h. als Früchte, die ein diligens pater familias hätte ziehen können, die der Beklagte aber schuldhafter Weise zu ziehen unterlassen hat.

Wir müssen unterscheiden zwischen dem gut- und bösgläubigen Besitzer und haben bereits im vorigen Paragraphen festgestellt, daß der redliche Besitzer erst von der lit. cont. ab für die vernachlässigten Früchte haftet und zwar für solche, welche er selbst unter Anwendung der Sorgfalt eines diligens pater familias gezogen haben würde, ferner, daß hiermit die Haftung des unredlichen Besitzers vor der lit. cont. übereinstimmt.

Buchka[3]) ist nun bezüglich der nach der lit. cont. vom unredlichen Besitzer vernachlässigten Früchte der Ansicht, daß er auch hier für die Früchte haftet, welche er als diligens pater familias gezogen hätte, Heimbach[4]), daß er während der ganzen Zeit für die Früchte haftet, welche der Kläger gezogen hätte, während nach Anderen[5]) der unredliche Besitzer vor der lit. cont. für die Früchte haftet, welche er als ordentlicher Mann gezogen hätte, nach der lit. cont. aber für alle, die der Kläger gezogen hätte, und ihm bezüglich seiner Haftung vor der lit. cont. der redliche Beklagte nach der lit. cont. gleichsteht.

---

[1]) l. 2 D. (22, 1); l. 25 § 8 D. (21, 1); s. Vangerow, Pand. I. § 160.

[2]) l. 38 § 7 D. (22, 1); v. Savigny, a. a. O. S. 112.

[3]) a. a. O. Bd. I S. 250—270.

[4]) Lehre von der Frucht, S. 167, 171, 184.

[5]) Wächter, a. a. O. Heft III S. 106 133; Vangerow, Pand. I § 333, Anm. II, 1; Windscheidt, Pand. I § 124 N. 6; Dernburg, Pand. I § 226.

Die Quellenstellen stimmen durchaus nicht überein. So sagt die l. 5 pr. C. (3, 32), daß der malae fidei possessor nur für die Früchte haftet, die er hätte ziehen können, während er nach l. 62 D. (6, 1) nach der lit. cont. für die Früchte haftet, die der Kläger hätte ziehen können.

Die angeführten Stellen stehen in nicht auszugleichendem Widerspruch, und es fragt sich, welcher von den verschiedenen Ansichten wir uns anschließen müssen. Die l. 39 § 1 D. (30) und l. 4 C. (8,4) handeln vom Schuldner, der sich im Verzug befindet, oder einem solchen, der ein Delikt begangen hat, und stellen die Regel auf, daß diese für alle Früchte haften, die der Gläubiger hätte ziehen können. Nun wird aber der unredliche Schuldner vom Prozeßbeginn an wie ein debitor morosus angesehen, und er muß wie dieser auch für Zufall haften und auch für die Früchte einstehen welche der Kläger hätte ziehen können[1]).

Wir werden uns also nach dieser Betrachtung und auf Grund der Erwägung, daß in der oben angeführten l. 5 pr. C. (3,32) nur an Fälle gedacht ist, wo der Kläger selbst nicht mehr hätte ziehen können als der Beklagte[2]), der Mittelmeinung anschließen, welche auch von den neueren Schriftstellern angenommen ist, daß vor der lit. cont. der unredliche Besitzer gleich dem redlichen nach der lit. cont. für die Früchte haftet, welche er als diligens pater familias hätte ziehen können, nach der lit. cont. aber für die Früchte, welche der Kläger hätte ziehen können.

§ 14.

Streit herrschte auch bezüglich der Leistung von Prozeßzinsen, indem z. B. Wächter[3]) sich dagegen ausspricht, daß durch die lit. cont. ein Anspruch auf Zinsen entsteht und indem einige die Prozeßzinsen auf die freien Klagen beschränken wollen[4]).

Wir dürfen zum Beweise allerdings nicht Bezug nehmen auf die l. 35 D. (22, 1): lite contestata currunt usurae, da wir hierunter verstehen können: die Zinsen beginnen oder auch sie fahren fort zu laufen. Wohl aber spricht l. 34 D. (22,1) deutlich von der Verpflichtung zur Leistung von Prozeßzinsen von der lit. cont. ab:

---

[1]) Wächter, a. a. O. Heft III S. 133, Vangerow, Pand. I § 333.

[2]) Dernburg, Pand. I § 226.

[3]) a. a. O. Heft II S. 54.

[4]) Madai, Lehre von der Mora, S. 369, Liebe, Stipulation, S. 52, Franck, a. a. O. S. 49f.

Usurae vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari. Die Zinsen sind den Früchten gleich zu achten. Da aber der Beklagte von der lit. cont. ab ohne Beschränkung auf bestimmte Klagen für fructus haftbar ist, ist auch für die allgemeine Verpflichtung zu Prozeßzinsen der Beweis erbracht.

Andererseits spricht l. 32 § 2 D (22,1) nicht gegen unsere Ansicht:

In bonae fidei contractibus usurae ex mora debentur.

Auf die mora hin soll bei freien Klagen eine Zinspflicht eintreten. Das müssen wir freilich auch für den Fall zugeben, daß die mora schon vor der lit. cont. eingetreten ist. Denn dann werden durch die Pflicht zur Leistung von Verzugszinsen die Prozeßzinsen absorbiert. Trat die mora aber weder vor der lit. cont. noch mit ihr ein, so haftet der Beklagte eben von der lit. cont. ab für Prozeßzinsen[1]). Ferner spricht auch nicht l. 1 § 1 C (4,5) dafür, daß die Prozeßzinsen auf freie Klagen zu beschränken sind. Denn daraus, daß für die condictio indebiti keine Prozeßzinsen gefordert werden dürfen, ist doch nicht eine Regel für alle strengen Klagen gegeben.

Im Justinianischen Recht sehen wir also die Verpflichtung zur Leistung von Prozeßzinsen nur bei bonae fidei actiones bestätigt, werden sie aber auch für stricti iuris actiones anzunehmen haben[2]).

Allerdings müssen wir unseren Satz auf Geldschulden beschränken, da ja nur hier vom Gläubiger mit Bestimmtheit die Anlegung zu landesüblichen Zinsen erwartet werden konnte[3]).

Die in den §§ 12, 13, 14 entwickelten Grundsätze haben auch im gemeinen Recht Geltung behalten.

Als maßgebender Zeitpunkt galt im römischen Recht, wie ausgeführt, die lit. cont. Im gemeinen Recht wurde von vornherein[4]) auf die Insinuation gesehen, da dies ja ausdrücklich in l. 20 § 11 und l. 25 § 7 D. (5,3) für die hereditatis petitio bezeugt sei; jedoch muß eine Ausdehnung auf die dinglichen Klagen oder gar alle Klagen als unzulässig bezeichnet werden[5]).

---

[1]) Katz, a. a. O. S. 77.

[2]) Ebenso v. Savigny, a. a. O. Bd. VI §§ 268—271; Vangerow Pand. I § 160; Windscheid Pand. I § 124.

[3]) Vangerow, Pand. I § 160.

[4]) Wächter, a. a. O. Heft III S. 108; Arndts, a. a. O. Bd. I § 113; Buchka, a. a. O. Bd. II S. 69 - 95.

[5]) v. Savigny, a. a. O. Bd. VI S. 92 ff.; Buchka, a. a. O. Bd. II S. 70 ff.; Vangerow, Pand. I § 160.

§ 15.

Zur omnis causa im weiteren Sinne gehört auch die Ersatzverbindlichkeit für Minderungen. Darunter begreifen wir den Untergang der ganzen Sache oder eines Teiles, Beschädigung der Sache, Verlust des Besitzes des Beklagten, ferner auch die Abnahme des Geldwertes einer Sache, Preisminderung. Auch hier werden wir wie bei der Herausgabepflicht für Früchte einen kleinen Abzug machen. Wenn der Beklagte Verwendungen auf den Prozeßgegenstand gemacht hat, so sind ihm diese in gewissem Umfange zu ersetzen, notwendige ohne Unterschied der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Beklagten [1]).

Wir haben oben den auch für Verminderungen durchgreifenden Grundsatz aufgestellt, daß dem Kläger alles zugesprochen werden muß, was er hätte, wenn er sogleich zu Prozeßbeginn befriedigt worden wäre, daß das Urteil seinem Inhalt nach auf den Zeitpunkt der lit. cont. zurückzubeziehen ist. Auch hier müssen ferner die bereits oben angegebenen Einschränkungen der Steigerung des klägerischen Anspruchs Platz greifen.

§ 16.

Die Verminderungen können auf dem Verhalten des Beklagten, auf dolus oder culpa und auf Zufall beruhen; wir wollen demgemäß disponieren.

Bei persönlichen Klagen haftet der Schuldner bereits vor der lit. cont. wenigstens für dolus und culpa lata. Nach der lit. cont. hat er aber omnis culpa zu vertreten, falls er vorher auch nur für culpa lata oder diligentia quam suis haftete [2]).

Bei dinglichen Klagen haftet der redliche Besitzer, der vor erhobenem Prozeß gar nicht verantwortlich ist [3]), für dolus und omnis culpa [4]).

Für die Haftung des unredlichen Besitzers für dolus und culpa ist die lit. cont. von keiner Bedeutung, da nach l. 45 D. (6,1) schon vor Prozeßbeginn eine solche vorhanden ist.

Besondere Erwähnung verdient noch der fictus possessor, d. h.

1) derjenige Nichtbesitzer, der sich in einen Prozeß einläßt, obwohl er seinen Nichtbesitz kennt: is qui liti se obdulit, und

---

[1]) l. 36 § 5, l. 38 D. (5,3).

[2]) v. Savigny, a. a. O. Bd. VI § 272; Buchka, a. a. O. I S. 220; Vangerow, Pand. I § 160 Anm. IV.

[3]) l. 31 § 1 D. (5,3).

[4]) l. 45 D. (6,1).

2) derjenige, welcher sich böswillig oder fahrlässig des Besitzes entäußert: is qui dolo vel culpa possidere desiit.

Was den ersten von beiden anlangt so wird er wegen der verübten Täuschung vom Augenblick der lit. cont. bezüglich seiner Haftung wie ein wahrer Besitzer behandelt[1]). Jedoch tritt Befreiung von der Haftung ein, wenn er seinen Nichtbesitz noch vor der lit. cont. kundgibt oder wenn der Kläger diesen gekannt hat. Derjenige, welcher sich des Besitzes böslich oder fahrlässig entledigt, wird auf den Wert der Sache verurteilt[2]), ein Fall, der beim redlichen Besitzer in der Regel erst nach der lit. cont. eintreten kann.

Zu den Verminderungen rechnet man auch die sog. Preisminderung. Ihr ist die Beschaffenheit einer zufälligen Verminderung[3]) beizumessen, und daraus erklärt sich auch ihre mit der eigentlichen Verminderung korrespondierende Behandlung. Im römischen Recht sind die Fälle der Preisminderung nicht besonders hervorgehoben. Ihre juristische Behandlung beruht auf gemeiner Gewohnheit.

Da sie den Charakter einer durch Zufall eingetretenen Verminderung trägt, so finden auf sie bezüglich der Haftung des Beklagten die in folgendem Paragraphen entwickelten Grundsätze Anwendung. Prinzipiell haftet der redliche Beklagte für die im Prozeß eingetretene Preisminderung nicht, der unredliche nur, wenn er nicht nachweisen kann, daß auch den Kläger bei rechtzeitiger Leistung der Nachteil getroffen haben würde, d. h., wenn dieser den Gegenstand bis zum Eintritt der Preisminderung behalten haben würde[4]).

§ 17.

Die Verminderungen des Streitgegenstandes[5]), seine Vernichtung und Verschlechterung, können auch auf Zufall beruhen. Hat zunächst der redliche Beklagte für Zufall einzustehen? Wir müssen unterscheiden zwischen dinglichen Klagen und persönlichen und innerhalb der letzteren wieder zwischen actiones bonae fidei und stricti iuris.

Bei den actiones in rem ist der redliche Beklagte von jeder Haftung für casus befreit[6]). Der allgemeine Satz casus

---

1) l. 25, 26 D. (6,1).
2) l. 27 § 3 D. (6,1).
3) Savigny, a. a. O. Bd. VI § 277.
4) Windscheid, Pand. I § 124.
5) Wir handeln in diesem Paragraphen nur von Speziesschulden.
6) Wächter, a. a. O. Heft III S. 125, 131; Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses § 14 S. 114; Vangerow, Pand. I § 160 Anm. III, 2; Windscheid, Pand. I § 128 und Keller, L.C. S. 170,

a nemine praestatur behält hier seine Richtigkeit. Zwar waren anfangs die Prokulejaner anderer Ansicht[1]). Der Beklagte sollte von der lit. cont. ab unbedingt für casus einstehen, mochte er gut- oder schlechtgläubig sein. Als sich jedoch der von den Sabinianern verfochtene freiheitliche Satz omnia iudicia absolutoria esse allgemeine Geltung verschaft hatte, folgten bald die meisten klassischen Juristen der Sabinianischen Richtung, die den redlichen Beklagten von der Haftung für Zufall befreite[2]).

Nicht nur das dingliche Recht erlischt durch den zufälligen Untergang der Sache, sondern auch die Prozeßobligation wird gegenstandslos. Wenn nun auch der unredliche Besitzer die perpetuatio obligationis gegen sich hätte gelten lassen müssen, so wäre es höchst ungerecht, den redlichen Beklagten in dieselbe Lage zu versetzen. Denn dieser ist ohne Schuld, wenn er sich auf den Prozeß einläßt. Wie dürfte er nun für casus verantwortlich gemacht werden, da die Bestimmungen über die Haftung für Zufall vom römischen Recht fast wie eine Strafvorschrift[3]) ausgebildet wurden?

Der Umfang der Verurteilung bestimmt sich also hier, soweit der redliche Beklagte in Betracht kommt, nicht nach dem Zeitpunkt der lit. cont. Diese hat gar keinen Einfluß auf seine Haftung für Zufall. So wie vor Erhebung der Klage ist er auch während des Prozesses von einer Haftung für Zufall befreit und kann sich auf das Erlöschen seiner Restitutionspflicht berufen. Das Urteil bildet hier den maßgebenden Zeitpunkt.

Der redliche Beklagte wird aber einem malae fidei possessor gleich behandelt, d. h. er haftet von der lit. cont. ab für Zufall, wenn er die durch das arbitrium de restituendo zur Restitution bestimmte Zeit außer Acht gelassen hat[4]).

Das Prinzip gilt auch für das gemeine Recht[5]).

171; letzterer, indem er bei gänzlichem oder teilweisem Unmöglichwerden der Restitution die gewöhnlichen Grundsätze von casus eintreten läßt. Keller ist also nicht, wie Liebermann, a. a. O. S. 55 behauptet, unser Gegner.

[1]) l. 40 pr. D. (5,3).

[2]) l. 15 § 3 D. (6,1); l. 16 pr. D. (6,1).

[3]) Römer, a. a. O. S. 58/59.

[4]) l. 15 § 3 D. (6,1); Wetzell, Röm. Vindikationsprozeß, S. 81; Römer, a. a. O. S. 59, 60.

[5]) Siehe die b. Wächter a. a. O. Heft III S. 126 angeführten: Lauterbach Coll. Pand VI, 1, nr. 8. Voet. Comm. in Pand. VI. nr. 4. Glück, Pand. VIII. S. 151, ferner Wächter, a. a. O., Windscheid, a. a. O., Keller, a. a. O. Als Gegner tritt v. Savigny auf, indem er a. a. O. Bd. VI S. 177 ff. von den beiden oben genannten Ausnahmen l. 15 § 3 D. (6,1) und l. 40 pr. D. (5,3) als bestimmend ausgeht, und ferner Römer, a. a. O. § 5.

Auch für die persönlichen actiones arbitrariae hat das vorangestellte Prinzip Geltung. Wir finden dies deutlich in l. 7 § 7 D. (10,4) ausgedrückt. Die von Savigny[1]) zur Begründung der gegenteiligen Ansicht angezogene l. 12 § 4 D. (10,4) ist nicht geeignet, unseren Grundsatz zu erschüttern. V. Savigny bezieht nämlich fälschlich die eine beschränkende Verpflichtung des Beklagten enthaltenden Worte: interdum damnandus est nur auf das Vorliegen von mala fides und mora und übersieht dabei, daß wir es hier folgerichtig mit einer Spezialbestimmung zu tun haben, die keine weitere Bedeutung für sich beanspruchen kann.

Im ersten Teil des Aufsatzes haben wir die völlige Gleichstellung der actiones arbritrariae und bonae fidei für die zu behandelnde Frage zu beweisen gesucht. Der Beklagte haftet also auch bei dem einen Teil der persönlichen Klagen, den actiones bonae fidei, nicht für Zufall.

Schließlich vertritt sogar v. Savigny[2]) dieselbe Ansicht dadurch, daß er an vielen Stellen nachweist, Beklagter habe die Gefahr für zufälligen Untergang nur zu tragen, wenn ihm mora zu Last fällt. Mangels dieser Voraussetzung müssen wir eben auf unseren Grundsatz schließen.

Zum Beweise unserer Regel steht uns noch die l. 14 § 1 D. (16,3) zur Verfügung:

absolvi eum . . . quia aequum esset naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura esset ea res et si restituta esset actori, welche zugleich den Grund der Regel gibt.

Ob wir auch l. 37 § 6 D. (38,1) zum Beweise heranziehen dürfen, ist, nachdem u. A. v. Savigny[3]) in ihr nur eine Fortbildung der lex Julia erblickt hat, zu bezweifeln. Sie würde auch Beweis dafür erbringen, daß der Grundsatz nicht nur bei zufälligem Untergang der begehrten Sache, sondern auch bei zufäligem Unmöglichwerden der Leistung von Seiten des Beklagten gelten muß, ein Satz, der schon aus der schließlich gleichen rechtlichen Behandlung der verschiedenen Klagen hervorgeht[4]).

Unserer Ansicht sind Vangerow, a. a. O. Pand. I § 160 Anm. III, 2, Wächter, a. a. O. Heft III S. 124, 125, 131, Winscheid, Pand. I § 128, Keller, L. C. S. 171. Als Gegner tritt Römer, a. a. O. § 5 S. 31 ff. auf.

---

[1]) a. a O. Bd. VI S. 182.
[2]) a. a. O. S. 171—177.
[3]) a. a. O. § 261, S. 63.
[4]) Legers, a. a. O. S. 21.

Römer stützt sich auf l. 12 § 3 D. (16,3), die er so versteht, daß wie bei Testament, Stipulation und Darlehn, also actiones stricti iuris, so auch für die actio depositi der zufällige Untergang der Sache nach Prozeßbeginn vom Beklagten zu vertreten ist. Jedoch ist mit Buchka[1]) anzunehmen, daß aus dem Konditionalsatz si iudicii accipiendi tempore potuit id reddere reus nec reddidit hervorgeht, daß es sich um einen Fall von mora handelt. Denn dieser Nachsatz muß als mit dem Vordersatz im engsten Zusammenhang stehend gedacht werden.

Für das gemeine Recht hat unser Grundsatz bezüglich der persönlichen actiones arbitrariae Geltung behalten[2]).

Bei den persönlichen actiones stricti iuris sind die meisten Schriftsteller[3]) einig, daß während der klassischen Periode der Umfang der Verurteilung nach dem Zeitpunkt der lit. cont. zu beurteilen war. Der Beklagte haftet also hier für Zufall. Die Hauptbelegstelle ist die l. 8 (D. 42,1)[4]): Si homo ex stipulatu petitus post litem contestatam decesserit, absolutionem non faciendam et fructuum rationem habendam placet.

Die Gegner legen sie zwar so aus, als ob sie die Worte „sed" und nicht „et" fructuum enthielte. Jedoch ist diese Lesart, die dem Codex Rhedigeranus entstammt, in der neuesten Ausgabe des Corpus iuris civilis von Krüger-Mommsen nicht einmal erwähnt.

Ferner verdient die l. 5 D. (42,2) angeführt zu werden:
Qui Stichum debere se confessus[5]) est, sive mortuus iam Stichus erat, sive post litis contestationem decesserit condemnandus est.

---

[1]) a. a. O. Bd. I S. 219.

[2]) Siehe Wächter, a. a. O. Heft III S. 126 u. d. dort angeführten Schriftsteller.

[3]) Wächter, a. a. O. Heft III S. 124.

[4]) Siehe Römer, a. a. O. S. 84 ff.

[5]) Gesteht der Beklagte in iure den klägerischen Anspruch zu, so kann man natürlich von einem Rechtsstreit nicht mehr reden, zu einem iudicium ist keine Veranlassung mehr. Die confessio in iure tritt anstelle des Urteils — confessus pro iudicato habetur —. Aber die 12 Tafeln haben nur die einer Geldschuld geständigen den iudicati gleichgestellt (Dig. 42,2). Solange der ordo iudiciorum Geltung hatte, mußte man auf demselben Standpunkt stehen bleiben, da das Urteil nur auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet war. Wenn also bei einer Klage auf certa res außer certa pecunia oder auf incertum das Geständnis nicht auf eine bestimmte Geldsumme ging, bildete es kein Urteilssurrogat. In diesem Falle mußte sich ein iudicium anreihen, es wurde ein iudex bestellt, der non rei iudicandae, sed aestimandae datur. In diesem iudicium ist also der Richter an den Inhalt der confessio fest gebunden. Das Nachverfahren dient lediglich der Abschätzung des einzelnen Anspruchs

Der erste Teil der Stelle spricht davon, daß der Beklagte auch dann haftet, wenn das Objekt schon zur Zeit der confessio in iure nicht mehr existierte. Dies erhellt aus dem in der Anm. 5 S. 43 Gesagten. Das bei einer confessio in iure unter bestimmten Umständen eintretende Nachverfahren hat es lediglich mit der Abschätzung des zugestandenen Anspruchs in Geld zu tun. Ueber die Begründung der Klage hat der Richter nicht mehr zu erkennen, da diese durch das Geständnis feststeht, sodaß er auch nicht einmal den ihm bekannten zufälligen Untergang des Streitobjekts vor der confessio als Befreiungsgrund des Beklagten gelten lassen darf. Der zweite Fall der Stelle läßt das Objekt erst nach der über die confessoria actio[1]) vorgenommenen lit. cont. untergehen. Auch durch den jetzt erfolgenden Untergang der Sache wird der Beklagte nicht mehr befreit. Als Grund gibt die Stelle lediglich an: post litis contestationem; der zufällige Untergang ist ja nach der lit. cont. erfolgt. Da die vorliegende actio confessoria eine stricti iuris obligatio ist[2]), so gibt auch die behandelte Stelle Zeugnis von der Geltung der strengen Regel bei den persönlichen actiones stricti iuris.

Allerdings herrschte unter den Schulen selbst noch Streit, indem die Prokulejaner auf die Zeit der lit. cont. sahen, die Sabinianer auch hier auf die Zeit des Urteils[3]).

Von der Aufhebung des ordo iudiciorum ab errang sich das mildere Prinzip den Sieg. Es war ja der Satz omnia iudicia esse absolutoria anerkannt, wenn auch nur für das Erlöschen des klägerischen Rechts durch freiwillige Leistung. Im Hinblick hierauf mußte die frühere Behandlung des Beklagten als eine unangebrachte Härte erscheinen.

So sind wir im gemeinen Recht zu dem Ziel gelangt, daß bei allen Klagen im Falle des zufälligen Untergangs auf die Zeit der Verurteilung zu blicken ist, es sei denn, daß der Beklagte wegen mora oder mala fides für Zufall einzustehen hätte[4]).

Der unredliche Beklagte dagegen muß für Zufall eintreten. Denn er kennt seine Verpflichtung. Die lit. cont. hat ihn dies von neuem sehen lassen. Er wird von jetzt ab wie ein moroser Schuldner behandelt. Dieser aber haftet für Zufall, sofern er

---

in Geld (Römer, a. a. O. S. 87ff, Puchta I, § 173, ebenso Demelius, Die confessio).

[1]) d. h. über die durch die confessio in iure erzeugte actio stricti iuris, Römer, a. a. O. S. 89.

[2]) Siehe die vorherige Anmerkung.

[3]) Siehe Wächter, a. a. O.

[4]) Wächter, a. a. O. Hft. III S. 126.

nicht nachweisen kann, daß die Sache auch beim Kläger untergegangen wäre, wenn sie rechtzeitig geleistet wäre, und im entgegengesetzten Falle, daß der Kläger auch nicht die Sache bis zu der Zeit verkauft hätte, wo die Verminderung eintrat [1]). Der unredliche Beklagte haftet demnach nach der lit. cont. auch für Zufall. Auf die angegebene Einschränkung der Haftung nimmt auch Bezug die bekannte l. 16 pr. D. (6, 1): Non enim post litem contestatam utique et fatum possessor praestare debet.

V. Savigny [2]) drückt die Beschränkung folgendermaßen aus:

„1. Wenn die Ursache des Untergangs mit dem unrechtmäßigen Besitz des Beklagten so zusammenhängt, daß ohne diesen Besitz der Untergang nicht erfolgt wäre, so ist unbedingt Entschädigung zu leisten, und es kommt in diesem Falle nicht darauf an, ob der Kläger die Sache hätte verkaufen können.

2. Im entgegengesetzten Fall ist zwar auch in der Regel Entschädigung zu leisten, jedoch nur, weil es dem Kläger möglich gewesen wäre, durch rechtzeitigen Verkauf den Verlust von sich abzuwenden. Eben deshalb fällt die Entschädigung hinweg, wenn der Beklagte beweist, daß ein Verkauf gewiß nicht stattgefunden hätte [3]).

Zusammengefaßt: Die strenge Verbindlichkeit des Beklagten zum Ersatz für den zufälligen Untergang leidet dann eine Ausnahme, wenn der Kläger, selbst im Fall des ihm rechtzeitig eingeräumten Besitzes der streitigen Sache, nicht imstande gewesen wäre, den Verlust von sich abzuwenden [4])."

Schon vor dem Prozeß haften für Zufall der Dieb und der gewaltsame Besitzer, weil sie sich nach römischer Anschauung in mora befinden [5]).

Die bisher für die Verminderungen aufgestellten Sätze galten auch im gemeinen Recht.

§ 18.

Für das klassische Recht, in welchem Kondemnation in Geld vorzunehmen war, haben wir noch die Frage zu beantworten, welcher Zeitpunkt der Wertschätzung der dem Be-

---

[1]) l. 20 § 21, l. 40 D. (5, 3.)

[2]) a. a. O. Bd. VI. S. 196

[3]) l. 20 § 21 D. (5, 3.)

[4]) Aehnlich Vangerow, Pand. I. § 160 Anm. 3, Windscheid Pand. I. § 124 II, § 280 N. 15, Bethmann-Hollweg r. Zivilpr. Bd. II S. 522 ff.

[5]) l. 8 § 1, l. 17 D. (13, 1); l. 19 D. (43, 16), v. Madai, Lehre von der mora, S. 179 ff.

klagten obliegenden nicht auf Geld gehenden Herausgabe- oder Ersatzverbindlichkeit zu Grunde zu legen ist.

Im Legisaktionenverfahren schloß sich an das Hauptverfahren, welches über justum an iniustum sacramentum entschied, ein Liquidationsverfahren[1]) an, welches den klägerischen Anspruch in Geld festsetzte. Ebenso wie die Hauptfrage iustum an iniustum sacramentum nach dem Zeitpunkt der lit. cont. bestimmt wurde, mußte auch im nachfolgenden Liquidationsverfahren die lit. cont. der Umwertung in Geld als Schätzungszeit gedient haben.

Im Formularverfahren durchbrach die bona fides bald die strikte Durchführung des Grundsatzes. So spricht außer l. 22 D. (12,1), l. 4 D. (13, 3) die l. 3 § 2 D. (13, 6) deutlich die Regel aus, daß bei freien Klagen das Urteil, bei strengen die lit. cont. als Schätzungszeit zu gelten hatte. Trotz dieser klaren Quellenstelle findet sich eine andere Stelle hiermit im Gegensatz, die l. 3 D. (13, 3) die von der condictio triticaria, also einer strengen Klage, handelt und hier den Zeitpunkt des Urteils der Schätzung zu Grunde legt.

Es sind zahlreiche Versuche gemacht worden, die Stelle zu erklären[2]) Eine zusagende Erklärung gibt uns Buchka I. S. 180, 181. Ulpian habe hier überhaupt nur diejenigen Schwankungen im Wert des Objekts im Auge, die eine Folge der physischen Veränderung desselben sind, er denkt gar nicht an die Frage, welche Zeit dann bedeutend werde, wenn es sich bloß um die Fluktuationen des Marktpreises handelt. Die Steigerung des Wertes, welche eine Folge der physischen Veränderung der Sache sei, sei also bei der condictio triticaria bis zur Kondemnation oder zu dem vor derselben erfolgten Untergang des Gegenstandes hin zu gunsten des Klägers zu berücksichtigen. Und dieser Gedanke steht mit dem im § 12 aufgestellten Grundsatz im Einklang.

Auch v. Savigny's[3]) Erklärung befriedigt. Er geht allerdings davon aus, daß die Stelle von dem maßgebenden Zeitpunkt für die Wertschätzung im allgemeinen handle, und schlägt vor, unter condemnatio hier die condemnatio a praetore concepta zu verstehen, sodaß tempus condemnationis soviel wie tempus formulae editae bedeuten würde, also tempus litis contestatae. Es kommt hinzu, daß die Quellen für Urteil meist den

---

[1]) Bethmann-Hollweg a. a. O. I. S. 196, II. S. 226.

[2]) So v. Liebe, Stipulation S. 53, 54; Madai, Mora S. 328; Puchta, Instit. Bd. I Anm. 1 zu § 172.

[3]) a. a. O. Bd. VI. S. 216 ff.

Ausdruck tempus rei iudicandae, nicht tempus condemnationis gebrauchen.

Von der Regel gibt es zwei Ausnahmen:

Ist durch Vertrag eine bestimmte Erfüllungszeit festgelegt, so ist hiermit die Schätzungszeit gegeben[1]).

2) Befindet sich der Schuldner in mora, so steht es in der Wahl des Gläubigers, den Wert nach der Zeit des Eintritts der mora oder nach der Zeit der lit. cont. bezw. des Urteils zu bemessen[2]).

Die Ausnahme zu 2 war jedoch nicht unbestritten. Nach der l. 8 § 1 D. (13, 1) muß der Dieb auf Grund der condictio furtiva den höchsten Wert der Zwischenzeit zahlen. Weil er immer in mora ist, so wenden einige[3]) die strengere Haftung des Diebes auf den morosen Schuldner an. Die Meinung ist jedoch jetzt aufgegeben. Denn die Bestimmungen über den Diebstahl sind von den Römern ganz besonders streng ausgebildet worden, das Unrecht, das sich der Dieb zu Schulden kommen läßt, ist viel größer als das des morosen Schuldners; deshalb müssen die strengen Bestimmungen auf die Haftung des Diebes beschränkt bleiben.

Die Bestimmungen über die Schätzungszeit bei mora und furtum galten auch noch zur Zeit Justinians und im gemeinen Recht. Sonst bildete jetzt die Zeit der Verurteilung allgemein die Schätzungszeit, besonders weil schließlich alle Klagen freie wurden resp. der Unterschied zwischen freien und strengen Klagen unpraktisch wurde. Die lit. cont. war nur noch für die Schätzungszeit im Falle der zufälligen Verminderungen bei dem unredlichen Besitzer maßgebend. Die Schätzungszeit hat schließlich viel an Bedeutung verloren, dadurch daß nicht mehr die Schätzung in Geld nötig wurde, sondern Naturalcondemnation und -execution stattfand.

§ 19.

Wichtig für den Umfang der Verurteilung ist schließlich noch die Frage, inwieweit bei Alternativobligationen und anderen Rechtsverhältnissen nach Prozeßbeginn noch eine Ausübung des Wahlrechts möglich ist. Wir müssen unterscheiden zwischen dem seltneren Falle, daß dem Gläubiger das Wahlrecht zusteht, und dem, daß der Schuldner wahlberechtigt ist. Für die erstere Möglichkeit entscheidet über das Wahlrecht, wenn für dessen Aus-

---

[1]) l. 37 D. (17, 1); l. 22 D. (12, 1); l. 59 D. (45, 1); l. 11 D. (42, 1).

[2]) l. 3 § 3 D. (19,1); l. 21 § 3 D. (19, 1); l. 37 D. (17, 1).

[3]) Glück, XIII § 844; Thibaut Pand. § 99; Puchta, Pand. § 263; Buchka, a. a. O. Bd. I. S. 191.

übung kein früherer Zeitpunkt festgesetzt und ferner im Vertrage nicht gesagt ist, daß nach der einmal erfolgten Wahl das Wahlrecht ausgeschlossen sein soll, die lit. cont., indem der Kläger nach derselben von seiner Wahl nicht mehr abgehen kann[1]). Ebenso ist der Prozeßbeginn entscheidend, wenn mehrere Personen ein Wahlrecht haben, in der Weise, „daß von mehreren Ansprüchen der eine dem einen, der andere dem anderen zu Gute kommen soll[2]), oder wenn mehrere Personen bezüglich eines Anspruchs in einem ausschließlichen Verhältnis zu einander stehen, sodaß der Anspruch nur von einer soll erhoben werden[3]); es geht in beiden Fällen die Person vor, die den Prozeß zuerst begonnen hat[4])".

Da die lit. cont. im neuesten römischen Recht ihre konsumierende Wirkung verloren hat, war der Gläubiger, der seine auf eine bestimmte Leistung erhobene Klage wieder hat fallen lassen, berechtigt, von neuem zu klagen und eine neue Wahl zu treffen. Denn jetzt stellte die zulässige Zurücknahme der Klage das Wahlrecht wieder her[5]).

Im klassischen Recht findet sich eine Ausnahme für Vermächtnisse in l. 20 D. (33, 5), wo der Bedachte durch die einmal erklärte Wahl sofort gebunden ist. Ferner für die lex commissoria l. 4 § 2 D. (18, 3), in deren Natur es liegt, daß der Berechtigte sich sofort über die getroffene Wahl erklären muß und ihm ein ferneres Wahlrecht versagt ist, sodaß er, wenn er seine Wahl durch Klaganstellung bekundet hat, auf die gewählte Leistung schon jetzt beschränkt ist.

Dagegen verliert der Schuldner, wenn er das Wahlrecht hat, seine Befugnis nicht schon mit der lit. cont., auch wenn er sich im Verzug befindet; es steht ihm vielmehr bis zur Erfüllung der Leistung zu[6]), im klassischen Recht bis zur Geldkondemnation. Nach neuestem römischen und gemeinen Recht geht es dadurch verloren, daß er es zur Durchführung der Zwangsvollstreckung gegen sich kommen läßt[7]).

Wenn der Kläger dem Schuldner nicht die Wahl ließ, sondern auf das eine Objekt klagte, so lag darin eine plus

---

[1]) l. 112 pr. D. (45,1).
[2]) l. 33 D. (30).
[3]) l. 11 § 21, D. (32).
[4]) Windscheid, Pand. I. § 125.
[5]) Pescatore, Die Wahlschuldverhältnisse, S. 75, Wächter, a. a. O. Hft. III S. 116 Anm. 61, Windscheid Bd. II § 225 Anm. 10.
[6]) Die Ansicht vertritt auch Wächter, a. a. O. Hft. III S. 117 ff.; l. 106 D. (45, 1).
[7]) Wächter, a. a. O. Hft. III S. 118, Pescatore, a. a. O. S. 284, 285.

petitio, die vor Justinian sogar Absolution des Beklagten herbeiführte.

Auf Grund der l. 57 D. (46, 3) hat sich die Ansicht gebildet[1]), daß durch Verzug des Schuldners sein Wahlrecht erlösche und auf den Gläubiger übergehe. Jedoch spricht die angeführte lex gar nicht von einer Alternativobligation, da die Schuld in decem in melle besteht, nicht in decem aut mel. Daß aber hier die Leistung von Honig, wenn auf decem Klage erhoben ist, nicht zur Absolution führen soll, ist ein Fall, wo Justinians Kommission[2]) die Ansicht der Prokulejaner zu unterdrücken versäumte.

Die 2. Stelle ist die l. 2 § 3 D. (13, 4), welche für die gegnerische Ansicht zu sprechen scheint. Katz[3]) weist treffend die inneren Widersprüche der Stelle nach und kommt zu dem Resultat, daß der am meisten für die gegnerische Ansicht sprechende Satz et generaliter definit Scaevola, petitorem electionem habere, ubi petat, reum ubi solvat, scilicet ante petitionem, der weitschweifend zum zweiten Male in derselben lex Scaevola denselben Gedanken aussprechen läßt und im scharfen Gegensatz zu der vorher angeführten Stelle[4]) steht, interpoliert sein müsse.

Wir müssen noch zweier Ausnahmen gedenken, nämlich des Falles, daß der Schuldner nur zu einer bestimmten Leistung verpflichtet ist, sich aber durch eine andere befreien kann, sog. facultas alternativa. Diese Befugnis verliert er[5]) mit der lit cont.[6]), und zwar deshalb, weil es lediglich in seinem freien Belieben stand, die in solutione befindliche Leistung zu bewirken oder nicht, und er deshalb diese Befugnis nur haben sollte, wenn er aus eigener Initiative leistete. Hatte er es erst einmal zum Prozeß kommen lassen, so war er lediglich zur Leistung dessen verpflichtet, was der Gläubiger forderte. Das gemeine Recht aber beseitigte diese Beschränkung des Schuldners wieder[7]).

Ferner, wenn der Schuldner sich unter Versprechen einer Konventionalstrafe zu einer Leistung verpflichtet hat, beschränkt

---

[1]) Zimmern, i. Arch. f. ziv. Pr. Bd. I. S. 326. Thibaut Pand. § 584, 486.

[2]) Siehe ob. § 3.

[3]) a. a. O. S. 44 ff.

[4]) l. 106, D. (45, 1).

[5]) Nach der l. 1 D. (33, 9), l. 9 D. (45, 1).

[6]) So auch Donellus, Comment. in Dig. de Verb. Oblig. de leg. 106 nr. 8—10; Windscheid, Pand. I. § 125 entgegen Wächter, a. a. O. S. 118.

[7]) Pescatore, a. a. O. S. 285.

sich mit der lit. cont. sein Wahlrecht auf die Leistung der Konventionalstrafe, während er sich vorher selbst nach eingetretenem Verzug durch Leistung der Hauptsache befreien kann[1]). Letzteres gilt jedoch nicht, wenn der Gläubiger nach dem Verzuge des Schuldners ein besonderes Interesse daran hatte, anstatt der Leistung die Strafe zu verlangen[2]). Ist die Konventionalstrafe nicht bei einer positiven Leistung, sondern bei einer Unterlassung versprochen, so verfällt sie schon mit der Zuwiderhandlung gegen die Unterlassung. Schließlich ist nach einer Entscheidung Justinians in l. 12 C. (8, 38) im Sinne vieler früheren Juristen die Streitfrage, wann der Schuldner, wenn für den Eintritt der Konventionalstrafe ein dies certus bestimmt ist, sein Wahlrecht verliert, dahin entschieden, daß schon der Eintritt des dies certus ohne vorhergehende interpellatio das Wahlrecht beseitigt[3]).

§ 20.

Wenn das römische Recht im Prinzip auf die lit. cont. als auf den maßgebenden Zeitpunkt sah, so lag der Grund hierfür besonders in der rechtsgeschäftlichen Natur der lit. cont., ihrer konsumierenden und novierenden Wirkung einerseits und in der Gebundenheit des Judex an die ihm erteilte formula andererseits. Jedoch schon im römischen Recht bildete sich, wie dargestellt, frühzeitig eine Einschränkung heraus, indem die Aufhebungsgründe und die „faktischen" Voraussetzungen, welche in der formula nicht enthalten waren, auch bei Eintritt im Laufe des Prozesses noch Berücksichtigung fanden. Allmählich gelangte der unausgesprochene freiere Grundsatz zur Geltung.

Das preußische Recht[4]) hebt in der AGO. 1793 Eventualmaxime und Praeklusivität der Prozeßabschnitte auf. Der Richter kann auch noch in der Verhandlung beinahe bis zum Schlußtermin vorgebrachte neue Umstände und Tatsachen berücksichtigen.

Die Verordnungen von 1833 und 1846 kehrten aber wieder zum gemeinrechtlichen Prinzip der Verhandlungs- und Eventualmaxime und praeklusivischen Reihenfolge der Prozeßhandlungen zurück.

Die hannöversche Prozeßordnung von 1850 ist ebenfalls von dem Gedanken der Beweistrennung durch gemeinrechtliches

---

[1]) l. 21 § 12 D. (4,8).
[2]) l. 1 D. (33, 9); l. 21 § 12, l. 22 D. (4, 8).
[3]) Wächter, a. a. O. Hft. III S. 119 Anm. 66, Vangerow, Bd. III § 588, S. 192.
[4]) Siehe Franck, a. a. O. S. 20—22.

Beweisinterlokut beherrscht, von der Eventualmaxime im Beweisstadium. Die notwendige freie Beweglichkeit des mündlichen Verhandelns fand ihren Abschluß mit dem Erlaß des Beweisinterlokuts [1]).

In dem hannöverschen Entwurf von 1859 dürfen in der mündlichen Verhandlung Behauptungen und Beweisantretungen vorgebracht werden, von prozeßhindernden Einreden abgesehen, ohne der Eventualmaxime zu unterliegen, werden aber mit dem Schluß der mündlichen Verhandlung ausgeschlossen, wenn sie nicht nachweisbar schuldlos versäumt sind. Jedoch bildet die Beweisverfügung die Zäsur zwischen dem Stadium der Behauptungen und Beweisantretungen einerseits und der Beweisaufnahme andererseits [2]).

Der preußische Entwurf von 1864 ließ jede Zäsur innerhalb der mündlichen Verhandlung fallen und brach mit der Eventualmaxime völlig.

Die letztgenannten Entwürfe sind für die Reichszivilprozeßordnung in unserer Frage vorbildlich gewesen. Es gilt heute, sich von überkommenen römisch-rechtlichen Eigentümlichkeiten frei zu halten [3]). Die römischen Grundsätze sind durch EG. ZPO. § 14, nicht erst durch EG. BGB. Art. 55 beseitigt. Der Rechtsstreit bildet kein Rechtsgeschäft mehr zwischen den Parteien, es fehlt die novierende und konsumierende Wirkung. Der moderne Richter empfängt seine Aufgabe vom Staat, „nicht erst die Klageerhebung schreibt ihm dieselbe vor und begrenzt sie daher endgültig [4])." „Nicht über die Richtigkeit der Klageerhebung, sondern über das verhandelte Recht soll er zu Gericht sitzen [5])."

Zwar begründet die Klageerhebung das Prozeßrechtsverhältnis und bindet auch die Parteien an dasselbe, jedoch wird die sachliche Grundlage des Urteils nicht ausschließlich aus dem Tatbestand zur Zeit der Klageerhebung geschöpft, vielmehr macht dieser im Laufe des Prozesses eine gewisse Entwicklung durch, indem er prozessuale und materielle Veränderungen erleiden kann. Anerkenntnis, Verzicht, Prozeßvergleich, Geltendmachung von Einreden sind solche prozessuale Veränderungen. Verlust der Aktiv- oder Passivlegitimation sind solche materieller Art. Diese Veränderungen völlig außer Acht zu lassen, wäre eine in nichts gerechtfertigte Willkür. Es entspricht unserem

---

[1]) Wach, Handb. d. Zivilprozesses S. 132—140.
[2]) Wach, Handbuch S. 147.
[3]) Motive z. BGB. Bd. I. S. 364.
[4]) Gaupp-Stein, Komm. z. ZPO. zu § 300, III.
[5]) Dernburg, Preußisches Privatrecht § 133.

Gerechtigkeitsgefühl, für ihre Berücksichtigung einzutreten und daher die sachliche Grundlage des Urteils aus dem zur Zeit seiner Fällung vorliegenden Material zu entnehmen oder, mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Anberaumung eines Publikationstermines nach § 310 ZPO. genauer gesagt, es muß für den Wegfall der Voraussetzungen der Verurteilung auf den Zustand zur Zeit der mündlichen Verhandlung gesehen werden, auf die das Urteil ergeht.

Die ZPO. hat diesen Gedanken nicht ausdrücklich ausgesprochen. Jedoch hat sie andererseits „nie und nirgends[1])" gezeigt, daß sie auf einem anderen Standpunkt steht.

Der aufgestellte Grundsatz entspricht vor allem einem Hauptprinzip unserer ZPO., dem der Einheit der mündlichen Verhandlung. Alle zu einem Prozeß gehörigen mündlichen Verhandlungen gelten als eine einzige geschlossene, in der es außer Klageerhebung und Urteil keinen Punkt gibt, der für das Vorbringen von Behauptungen eine praeklusivische Bedeutung hat. Wir haben mit dem Prinzip der Eventualmaxime und der praeklusivischen Reihenfolge der Prozeßhandlungen gebrochen. Wir kennen keine Zäsur in der mündlichen Verhandlung durch Beweisinterlokut mehr. Die Parteien können in der ersten und in der Berufungsinstanz bis zum Schluß der mündlichen Verhandtung, auf die das Urteil ergeht, Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen[2]). Für den Wegfall der Voraussetzungen der Verurteilung ist der Schluß der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Urteil allein maßgebend.

Ja die Parteien müssen sogar bei Vermeidung der Präklusion die erwähnten Angriffs- und Verteidigungsmittel bis zu dem gekennzeichneten Zeitpunkt vorbringen. Für eine Berücksichtigung der späteren Veränderung von Umständen zieht nämlich das Gesetz die Grenze beim Erlaß des Urteils. „Denn es verstößt gegen die Rechtskraft, wenn Beklagter oder Kläger sich später auf Tatsachen stützen, die bis dahin entstanden waren[3])." Das Gesetz spricht diesen Satz zwar nicht allgemein aus, wir finden ihn aber in § 767² ZPO. für die Einwendungen gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch bestätigt, in § 323² ZPO. für die für den Unterhalt maßgebenden Umstände.

Die ZPO. weist also mit Notwendigkeit auf unser Prinzip hin, weil Kläger im Falle seiner Abweisung wegen der

---

[1]) Gaupp-Stein, a. a. O.
[2]) §§ 278, 529 ZPO.
[3]) Hellwig, Lehrbuch des Zivilpr. Bd I § 22.

Rechtskraft des Urteils eine neue identische Klage nicht anstrengen dürfte, und weil andererseits der Beklagte auch trotz Geltendmachung von Einwendungen nach der Verurteilung auf Grund von zwischen Klageerhebung und Verurteilung eingetretenen Umständen die Vollstreckung nicht abwenden könnte. Der aufgestellte Grundsatz entspricht also nicht nur den auf Grund der Verzögerung des Urteils angestellten Erwägungen, sondern folgt mit Notwendigkeit aus den Vorschriften der ZPO. selbst[1]).

Wenn demnach ein bei Prozeßbeginn begründeter Anspruch zur Zeit der letzten Tatsachenverhandlung aufgehört hat, begründet zu sein, so darf Verurteilung nicht erfolgen, vorausgesetzt, daß die Tatsache, welche die Begründung aufhob, noch bis zu dem genannten Termin oder aber in der Berufungsinstanz geltend gemacht worden ist[2])

§ 21.

Der Wegfall der Voraussetzungen der Verurteilung kann auf dem übereinstimmenden Willen der Prozessierenden beruhen, der Kläger erhält z. B. die Erfüllung seines Anspruchs, die Parteien schließen einen Vergleich, der Kläger verzichtet auf sein Recht; so geht das klägerische Recht unter, und der Kläger muß, wenn er auf Verurteilung beharrt, abgewiesen werden, falls sich der Beklagte noch bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, nach § 278 Abs. 1. ZPO. einredeweise auf seine Befreiung beruft[3])

---

[1]) Grundsätzlich stimmen überein: Windscheid,. Pand. I § 128, Förster-Eccius, Pr.-Privatrecht. Bd. I § 51, Hellwig, Lehrb. Bd. I § 29, Anspruch und Klagerecht § 20; Dernburg, Pr. Privatrecht § 130, 133; Matthias, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd 1 § 71; Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 76, Mandry-Geib, der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, S. 286; Langheineken, Anspruch und Einrede, S. 217; Stein, Ueber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, S. 44 ff.; Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. I. S. 524 ff.; Motive zum BGB. Bd. I S. 364 f. Franck, a. a. O S. 22, 29; Liebermann, a. a. O. S. 79; die Kommentare zur ZPO. von Gaupp-Stein zu § 300, III; v. Seuffert zu § 267 Nr. 4, v. Struckmann-Koch zu § 267 Nr. 3; ferner die Reichsgerichtsentscheidungen 19, 412; 43, 18; 47, 188; Seufferts Archiv Bd. 53, 155; 49, 127; JW. 1903 S. 238 f.; 1896 S. 680 f; 1900, 160 f, 189. Gegenteiliger Ansicht sind Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I S. 566, Schmidt, Klageänderung, S. 215, die Kommentare zur ZPO. von Wilmowski-Levy zu § 239, Petersen zu § 300; RG. 41, 87 f; 60, 194; Gruchot's Beitr. 45, 93.

[2]) §§ 278, 529 ZPO.

[3]) Vgl. JW. Bd. 1892, 236, wo Abweisung des Klägers erfolgt, nachdem die eingeklagte Vornahme der Rechnungslegung im Laufe des Prozesses erfolgt ist.

Oft wird im Falle des § 908 BGB., § 26 Gew.-O. u. s. w. eine Ausnahme angenommen. Diese ist jedoch nur scheinbar vorhanden. Der Grundstückseigentümer ist berechtigt, vom Nachbarn die Herstellung von Einrichtungen zu verlangen, welche die Gefahr abwenden oder die benachteiligenden Einwirkungen ausschließen. Stellt nun der Beklagte während des Prozesses diese Vorkehrungen her, so hat nach vielen Reichsgerichtsentscheidungen [1]) dennoch Verurteilung des Beklagten zu erfolgen, obwohl der Anspruch des Klägers erfüllt und sein Klagebegehren gegenstandslos geworden sei. Ohne irgend welche Begründung heißt es in der bei Gruchot [2]) abgedruckten Reichstagsentscheidung: „Für Begründung des rein negatorischen Anspruchs ist der Zustand zur Zeit der Klageerhebung allein maßgebend.“ Entscheidend ist vielmehr der Gedanke, daß dem Anspruch des Klägers nicht durch die einmalige Erfüllung genügt ist, sondern dieser auf die Erhaltung eines dauernden Zustandes gerichtet ist. Die Abweisung des Klägers darf nur dann erfolgen, wenn die getroffenen Vorkehrungen ihrer Natur nach dauernde sind, sodaß dann der Kläger nicht für den Augenblick befriedigt ist, er also nur eine Teilleistung erhalten hat, sondern eine Erfüllung für die Zukunft vorliegt [3])

§ 22.

Lediglich um zu verhindern, daß der Beklagte, der die ihm obliegende Leistung wegen der Verzögerung des Urteils noch nicht erfüllt, hieraus Vorteile ziehe, sind an den Prozeßbeginn einige Folgen geknüpft, welche aber keineswegs darauf schließen lassen, daß der Prozeßbeginn den maßgebenden Zeitpunkt darstellen soll.

So wird nach § 209 Abs. 1 BGB. die Verjährung dadurch unterbrochen, daß der Berechtigte auf Befriedigung oder Feststellung des Anspruchs, auf Erteilung der Vollstreckungsklausel oder Erlaß des Vollstreckungsurteils Klage erhebt. Durch die Klageerhebung „wird der Anspruch geltend gemacht und deshalb erhalten [4]).“ Dies ist der wahre Grund für die Unterbrechung der Verjährung, nicht aber die Ansicht, daß von der Klageerhebung ab Veränderungen nicht zu berücksichtigen seien.

In §§ 209 [2], 210 BGB. sind noch 6 Fälle angeführt, welche der Erhebung der Klage in der genannten Wirkung

---

[1]) RG 36, 178. Gruchot, 42, 510; JW. 98, 610.

[2]) 42, 510.

[3]) Vgl. JW. 1899, 757, Gaupp-Stein, a. a. O., Stein, a. a. O. S. 45 f., Hellwig, Lehrb. Bd. I § 29.

[4]) Endemann, a. a. O. Bd. 1 § 89.

gleichgestellt sind. Nicht unterbrochen wird die Verjährung durch Erhebung der negativen Feststellungsklage und der ihr verwandten Klagen, z. B. der aus §§ 767, 768 ZPO[1]).

Die Unterbrechung durch Klageerhebung dauert fort, bis der Prozeß rechtskräftig entschieden oder anderweitig erledigt ist. Bei Ruhen des Verfahrens, Klagezurücknahme u. s. w. gelten die besonderen Vorschriften der §§ 221 ff. BGB.

§ 23.

Die für die erlöschende Verjährung geltenden allgemeinen Vorschriften finden nach § 941 Satz 2 BGB. auf die erwerbende, die Ersitzung, entsprechende Anwendung. Auch hier liegt der Gedanke zugrunde, den Kläger durch die lange Dauer des Rechtsstreits keinen Schaden leiden zu lassen. §§ 941, 1033 BGB. lassen die Unterbrechung der Eigentums- und Nießbrauchsersitzung, welche heut auf bewegliche Sachen beschränkt ist, durch die gerichtliche Geltendmachung des Eigentumsanspruchs zu.

§ 24.

Wir kommen zu den Fällen, wo im Prozeß ein Wechsel in der Person stattfindet, zu dem Fall der Erbfolge im Prozeß und des im nächsten Paragraphen zu behandelnden Eintritts des Rechtsnachfolgers in den Prozeß.

In der Regel ist der Tod ohne Einfluß auf das Bestehen der Rechte. Sie gehen mit dem Tode sowohl aktiv wie passiv auf die Erben über. Der Satz behält seine Richtigkeit, auch wenn die Rechte Gegenstand eines Prozesses sind. Denn nach Annahme der Erbschaft ist der Erbe berechtigt und verpflichtet, den Prozeß weiter zu führen.

Es gibt aber höchstpersönliche Rechte[2]), die an die Person des Berechtigten gebunden sind, die also mit seinem Tode untergehen. Hier fällt der Satz des römischen und gemeinen Rechts, daß unvererbliche Ansprüche, welche ihrem Inhalt nach an eine bestimmte Person gebunden sind, mit dem Streitbeginn vererblich werden[3]). Nur an zwei Stellen gestattet das BGB. den Uebergang von höchstpersönlichen Rechten auf den Erben, wenn der Anspruch durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig

---

[1]) Gaupp-Stein, a. a. O. zu § 267.

[2]) Deren Vorhandensein Franck, a. a. O. S. 37 übersieht, wenn er beim Erbfall den Beklagten zwingen will, sich bedingungslos den Wechsel des Prozeßsubjekts gefallen zu lassen

[3]) Mot. z. BGB Bd. I. S. 362.

geworden ist[1]), und deutet damit an, daß hier Ausnahmen[2]) vorliegen.

§ 25.

Durch Veräußerung der in Streit befangenen Sache oder Abtretung des geltend gemachten Anspruchs durch den Kläger wird z. B. der Käufer oder Zessionar, nachdem § 265 Abs. 1 ZPO. das römisch-rechtliche Verbot der Veräußerung des res litigiosa aufgehoben hat, Rechtsnachfolger des Klägers. Der Beklagte ist jetzt nicht mehr dem Kläger, sondern dem Rechtsnachfolger verpflichtet. Darf nun dieser an Stelle des Klägers den Prozeß übernehmen? § 265² ZPO. versagt der Veräußerung oder Abtretung ihren Einfluß auf den Prozeß selbst. Dieser nimmt seinen Fortgang, wie wenn die Veräußerung nicht stattgefunden hätte. Der Rechtsvorgänger behält das Prozeßführungsrecht weiter, er kann alle Prozeßhandlungen wirksam vornehmen, er ist zum Klageverzicht, Anerkenntnis und zur Klagezurücknahme ermächtigt[3]). Er bleibt formell Prozeßpartei; der Rechtsnachfolger ist also nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners in den Prozeß als Hauptpartei an Stelle des Klägers oder als Hauptintervenient einzutreten[4]).

Die materiellen Rechte der Beteiligten aus der Veräußerung werden aber durch § 265² Satz 1 ZPO. nicht berührt. Obwohl prozessual der Veräußerer legitimiert bleibt, steht die materielle Sachlegitimation dem Rechtsnachfolger zu. Es sind demnach alle Ereignisse zu berücksichtigen, welche „aus der Person des Nachfolgers die Entwicklung des materiellen Rechtsverhältnisses bestimmen, wie z. B. an ihn erfolgte Zahlung, ein von ihm vorgenommener Verzicht u. s. w.[5]). Sollte das Gegenteil gelten, so müßte das Gesetz selbst diese gegensätzliche Bestimmung geben.

Wie schon angeführt, wird durch § 265 Abs. 2 ZPO. der Veräußerung oder Abtretung auf den Prozeß selbst jeder Einfluß versagt. Die Bestimmung hat aber nur Bedeutung für den Lauf des Prozesses, nicht aber auch für die Entscheidung[6]). Demnach muß, wenn der Kläger seinen Antrag

---

[1]) §§ 847, 300.

[2]) So Hellmann, Vortr. über das Bürgerliche Gesetzbuch, allgemeiner Tl. 1897 S. 225; Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. II § 131, Matthias, Lehrbuch Bd. I § 71, wogegen Crome, a. a. O. Bd. I § 130 falsch die Ausnahme zur Regel macht.

[3]) §§ 306, 307 ZPO.

[4]) Vorbehaltlich des § 266 ZPO.

[5]) Hellwig, Lehrb. Bd I § 52.

[6]) Franck, a. a O. S. 39.

auf Leistung an den Erwerber oder Zessionar ändert, bei der Entscheidung die Veränderung im materiellen Recht berücksichtigt und der Beklagte zur Leistung an den Rechtsnachfolger verurteilt werden. Die Zulässigkeit dieser Antragsänderung folgt aus § 268 ZPO.

Der Kläger aber wird im eigenen Interesse diese Antragsänderung vornehmen, weil er den Regreß des Rechtsnachfolgers befürchten muß, da das rechtskräftige Urteil im Falle seiner Abweisung auch gegen den Rechtsnachfolger wirken würde[1]), und weil der Beklagte ihm den Einwand entgegensetzen kann, daß ihm die materielle Sachlegitimation fehlt und er nicht mehr zum Empfang selbst berechtigt ist, sondern nur noch zu dem Anspruch auf Leistung an den Rechtsnachfolger[2]).

Für die materielle Legitimation bleibt also die Zeit der Urteisfällung maßgebend. Die materiellen Rechte werden ja durch § 265 Abs. 2 Satz 1 Z.P.O. nicht berührt. Es bleibt also in dieser Beziehung bei den allgemeinen Grundsätzen[3]).

Für die Veränderungen der prozessualen Legitimation ist allerdings, wie wir gesehen haben, im Laufe des Prozesses kein Platz mehr. Dadurch erhält unser Grundsatz aber nicht etwa eine Ausnahme. Denn es wird nicht der Augenblick der Klageerhebung maßgebend. Die Veränderungen in der prozessualen Legitimation dürfen in keinem Augenblick des Prozesses vorgetragen werden, sie gehören garnicht in den Rahmen desselben und können daher nicht berücksichtigt werden[4]).

In § 265³ ZPO. finden wir übrigens für die Praeklusion der Veränderungen in der prozessualen Legitimation eine Ausnahme. Das rechtskräftige Urteil wirkt für und gegen die Erwerber. Jedoch zessiert die Wirksamkeit des Urteils gegenüber demjenigen, auf den die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu gunsten derer, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung finden[5]). Hier hat die Fortsetzung des Prozesses mit dem Kläger kein Interesse für den Beklagten mehr. Dieser kann nach § 265 Abs. 3

---

1) § 325 ZPO.

2) Vgl. Reichsgericht in Seufferts Arch. Bd. 53, 256, in Gruchot 42, 955; Wilmowski-Levy Anm. 2 zu § 236 (alt); Struckmann-Koch Anm 2 zu § 265; Dernburg, Bürgerl Recht Bd. II § 163 III. Anders verfahren Seuffert, Komm. zu § 265 Nr. 5, Gaupp-Stein zu § 265 Nr. IV u. A., welche die Ansicht vertreten, daß die Veräußerung und Abtretung zugleich auch in materieller Hinsicht einflußlos ist Ihre Theorie kommt im Resultat einer völligen Unwirksamkeitserklärung der Veräußerung oder Abtretung gleich, wodurch Abs. 1 negiert wird.

3) Hellwig, Lehrb. I. § 29.

4) Franck. a. a. O. S. 43.

5) Vorbehaltlich der Ausnahme des § 325³ ZPO.

ZPO. seine Abweisung wegen der nunmehr mangelnden prozessualen Legitimation beantragen.

§ 26.

Die Voraussetzungen der Verurteilung gelangen erst im Laufe des Prozesses zur Entstehung. Auch hier gilt prinzipiell der Satz: der Schluß der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Urteil ist maßgebend[1]). Für die Begründung und geschichtliche Entwicklung nehmen wir zunächst auf die allgemeinen Ausführungen über den Grundsatz für den maßgebenden Zeitpunkt bezüglich der nach Prozeßbeginn weggefallenen Verurteilungsvoraussetzungen Bezug[2]).

Auch hier geht der Grundsatz Hand in Hand mit dem Prinzip der Einheit der mündlichen Verhandlung, daß es im Prozeß für das Vorbringen irgend welcher Behauptungen keine Zäsur gibt. Bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, können die Parteien noch in der Berufungsinstanz Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen.[3]) Die ZPO. macht keinen Unterschied, ob die Angriffs- und Verteidigungsmittel bereits zu Prozeßbeginn vorhanden waren oder erst im Laufe des Prozesses entstanden sind[4]).

§ 322 ZPO. bezeichnet als Gegenstand des Urteils den durch die Klage erhobenen Anspruch. Eine andere Auslegung als die, daß hierunter der durch die Klageschrift gekennzeichnete Anspruch mit allen in der Verhandlung z. B. durch eine zulässige oder zugelassene Klageänderung erfolgten Veränderungen gemeint ist, setzt sich in Widerspruch mit den §§ 264, 268 ZPO. u. s. w.

Ferner steht uns das argumentum e contrario zur Seite. Sollte nämlich trotz nachträglicher Entstehung der Urteilsvoraussetzungen Klagabweisung erfolgen, so dürfte dies keine endgültige sein, sondern nur eine Klageabweisung zur Zeit, und dieser Zeitpunkt müßte gerade der zur Urteilsfällung sein[5]).

Auch verfolgen die Rechtsprechung und die Zivilprozeßordnung, wie z. B. aus §§ 240 Ziff. 1 und 529 Abs. 1 ZPO. hervorgeht, die Tendenz, der Vervielfältigung der Rechtsstreitig-

---

[1]) Siehe die ob. § 20, S. 53, N. 1 angeführte Lit.; die dort bezeichnete gegnerische Literatur führt noch mehr oder weniger den Prozeßbeginn als maßgebend an und bezeichnet daher die Verurteilung bei nachträglichem Eintritt der Bedingung oder Fälligkeit als Ausnahme.

[2]) Siehe oben § 20

[3]) §§ 278, 529 ZPO.

[4]) Dasselbe ergibt sich aus §§ 331^2, 302^4, 541^2, 600^2 ZPO.

[5]) Endemann, Lehrb. d. bürgerl. Recht Bd. I. § 89.

keiten und der Klageabweisung in angebrachter Art möglichst entgegen zu wirken[1]).

Unser Grundsatz steht endlich auch mit den Billigkeitserwägungen im Einklang. Den Kläger hat vielleicht der Widerstand des Beklagten zur Prozeßführung bewogen. Wenn aber der Beklagte im Vertrauen auf sein vermeintliches Recht prozessiert, so wird ja darauf Rücksicht genommen, indem der Kläger trotz Verurteilung des Beklagten auf Grund des § 93 ZPO. die Kosten zu tragen haben wird, falls der Beklagte sofort nach Eintritt der das klägerische Recht begründenden Voraussetzungen die Begründetheit der Klage anerkennt[2]). Umgekehrt hat ja auch der Beklagte trotz seines Sieges die Kosten zu tragen, wenn das klägerische Recht im Laufe des Prozesses untergegangen ist.

Der aufgestellte Grundsatz erstreckt sich nicht nur auf Angriffs- und Verteidigungsmittel. So wird z. B. das Vorhandensein der eigentlichen Rechtsschutzvoraussetzungen[3]) erst zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung erfordert[4]). Ein gleiches gilt für das Interesse bei der Feststellungsklage, während der Fortfall bis zum Urteil Klageabweisung nach sich zieht[5]). Ebenso für die Entstehungstatsachen der geltend gemachten Rechtsfolge[6]), für die Sachlegitimation[7]), für die Passivlegitimation (z. B. Besitz der Sache)[8]), für den vollstreckbaren Schuldtitel, der nach § 2 Abs. 1 Anfechtungsges. 1879 erforderlich ist[9]).

Dieselbe Bewandnis hat es auch mit den erst im Laufe des Prozesses fällig gewordenen Ansprüchen. Der Entwurf I des BGB. § 190 Abs. 1 enthielt die Worte: „Die Verurteilung zu einer Leistung ist nur zulässig, wenn die Fälligkeit bereits eingetreten ist". In der zweiten Lesung wurden sie gestrichen, „weil sich der Rechtssatz aus den Vorschriften des Abs. 2 und 3 von selbst ergebe"[10]). Der Absatz 2 und 3 ist jetzt in den §§ 257 – 259 ZPO. enthalten. Ebenso weist § 291 BGB. darauf hin, daß die Fälligkeit auch bei ihrem nachträglichen

---

[1]) RG. i. Seuff. Arch. 49, 127; RG. 19, 412.
[2]) RG. i. Gruchot 39, 160, S. A. 49, 200.
[3]) z. B. des § 253 ZPO.
[4]) Posen, Rechtspr. 5,55.
[5]) RG. i. Gruchot 39, 1139; Langheineken, Urteilsanspruch, S. 135; Hellwig, Lehrb. Bd. I. § 29.
[6]) RG. 13, 431, in Gruchot 39, 157 f., entgegen in Gruchot 43,994.
[7]) S. A. 49, 127, entgegen S. A. 54, 57.
[8]) Seuffert, Kommentar zu § 267 Nr. 4.
[9]) RG. 41, 87.
[10]) Prot. d. 2. Lesung d. BGB. Buch I S. 488.

Eintritt im Laufe des Prozesses noch berücksichtigt werden muß[1]).

Daraus, daß § 258 ZPO. Verurteilung auf Leistungen zuläßt, die erst nach Urteilserlaß fällig werden, muß geschlossen werden, daß sonst Eintritt der Fälligkeit bis zum Urteilserlaß genügen muß.

Ebenso genügt es, wenn Bedingung oder Zeitpunkt erst nach der Klageerhebung eintreten, vorausgesetzt daß der Anspruch bereits vor derselben entstanden war[2]).

Das Gesagte gilt auch für die Berufungsinstanz, § 525 ZPO.[3]).

In neuerer Zeit hat man versucht, zwischen dem „Klagegrund im engeren Sinne" und solchen Tatsachen zu unterscheiden, die nur die Ausübung, Geltendmachung, Verfolgbarkeit des Rechts bedingen. Für die letzteren wird unser Grundsatz anerkannt, während für den „Klagegrund im engeren Sinne" Vorhandensein zur Zeit der Klageerhebung erfordert wird, letzteres ohne jede Begründung. Diese Theorie fußt auf der römisch-rechtlichen Trennung von Tatsachen, welche die Formel enthalten mußte, und anderen. Die Uebertragung auf das heutige Recht ist höchst willkürlich[4]). Aus dieser falschen Lehre erklärt sich eine große Anzahl von Reichsgerichtsentscheidungen, welche unserem Grundsatz die Anerkennung versagen[5]).

§ 27.

In den §§ 264, 268—270 hat aber die Zivilprozeßordnung für den Beklagten ein prozessuales Schutzmittel geschaffen; es ist ihm nämlich gestattet, sich dem neuen tatsächlichen Vorbringen zu widersetzen, wenn darin eine Klageänderung liegt.

Es handelt sich hier nicht um die bisher erörterte Frage, einen bestimmten Zeitpunkt zwischen Klageerhebung und Urteil festzusetzen, der für die Voraussetzungen der Verurteilung maßgebend ist, sondern darum, ob nachträglich eintretende Verurteilungsvoraussetzungen aus prozessualen Gründen von einer Partei in den anhängigen Rechtsstreit in keinem Zeitpunkt hineingebracht werden dürfen, weil für sie in demselben überhaupt kein Platz ist.

Was haben wir unter Klageänderung zu verstehen?

---

1) RG. 1,426; 57, 46, Seuff. Kommentar zu § 267 Nr. 4.

2) Seuff. Komm. zu § 267 Nr 4, RG. 8,415, i. Gruchot 31, 1050, Seuff. Arch. 50, 48; JW. 97, 229. entgegen Seuff. Archiv 37, 153.

3) Posen, Rechtspr. V, 55.

4) Siehe Gaupp-Stein, a. a. O. zu § 300 Anm. III; Hellwig, Lehrb. I. § 29.

5) RG V.C S. 41, 87 f.; 47, 363; 57, 77; JW. 98, 417 f., 480, 574 f.; JW. 1901, 750 u. s. w.

Zur Beantwortung müssen wir zunächst auf den Begriff des Klagegrundes eingehen.

Zu den Erfordernissen der Klageschrift gehört nach § 253 Nr. 2 ZPO. die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs und ein bestimmter Antrag.

Der Klagegrund ist der Inbegriff der zur Rechtfertigung des klägerischen Begehrens dienenden tatsächlichen und rechtlichen Anführungen[1]). Nun enthält aber § 268 ZPO. die Bestimmung, daß Klageänderung nicht vorliegt, wenn ohne Aenderung des Klagegrundes die tatsächlichen oder rechtlichen Anführungen ergänzt oder berichtigt werden. Sollten wir hierbei den aufgestellten Begriff des Klagegrundes voll aufrecht erhalten, so würde die Vorschrift garnicht verständlich sein. Denn sie bedeutete nichts anderes, als daß Klageänderung nicht vorliegt, wenn ohne Aenderung des Klagegrundes der Klagegrund ergänzt oder berichtigt, d. h. geändert wird.

Heute braucht der Kläger in der Klageschrift seinen Anspruch nur soweit zu bestimmen, daß der Gegner urteilen kann, ob er sich in einen Prozeß einlassen soll oder nicht. Die Klageschrift muß also nicht wie im röm. R. auch die ausdrückliche Bezeichnung des Rechtsgrundes enthalten. Ebenso soll der Vortrag der Parteien zwar auch die rechtliche Seite des Streitverhältnisses umfassen[2]); das Gesetz gibt damit aber keine Mußvorschrift.

Unter Grund des erhobenen Anspruchs im Sinne des § 253 Nr. 2 ZPO. werden wir demnach nur noch den Inbegriff der zur Rechtfertigung des Klagebegehrens dienenden tatsächlichen Anführungen zu verstehen haben. Nur um diese tatsächlichen Angaben handelt es sich bei der Substantiierung und Individualisierung, und nur in deren genaueren oder minder genaueren Angabe besteht der Gegensatz von Individualisierung und Substantiierung[3]).

Der Klagegrund wird also bezeichnet durch eine kurze Zusammenfassung des Tatsächlichen[4]), während die Individualisierungstheorie[5]) (im Gegensatz zur Substantiierungstheorie die richtige) zur Anführung des Klagegrundes auch rechtliche Anführungen erfordert, und die Substantiierungstheorie[6]) den Klage-

---

[1]) Fischer, Problem der Identität und Neuheit, S. 38.

[2]) § 137 ZPO.

[3]) Fischer, Problem, S. 40.

[4]) Franck, a. a. O. S. 34.

[5]) Kommentare zur ZPO. von Siebenhaar, Petersen; Schmidt, Wach, Hellwig, Fitting, Engelmann u.s.w.

[6]) Vertreten durch das Reichsgericht, ferner Planck, Zivilprozeß und die Kommentare zur ZPO. von Wilmowski-Levy, Struckmann-Koch, Gaupp-Stein; ferner Dernburg, Preuß. Privatrecht S. 271u.s.w.

grund diejenigen Tatsachen umfassen läßt, welche nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen.

Durch die entwickelte Einschränkung des in § 268 ZPO. angeführten Verbots der Aenderung des Klagegrundes werden aber die erhobenen Bedenken beseitigt. Offen bleibt nur noch die Frage: Weshalb spricht § 268 Nr. 1 ZPO. auch von rechtlichen Anführungen, obwohl diese nicht zum Klagegrunde gehören, ihre Ergänzung und Berichtigung also gar keine Klageänderung sein kann! Wir haben hier an den Fall zu denken, daß der der Klage zunächst zu Grunde gelegte rechtliche Gesichtspunkt durch nachträglich vorgebrachte Tatsachen ein völlig anderer wird. Dann würde die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes eine Klageänderung bedeuten, allerdings nur wegen der neuen Tatsachenanführungen[1]).

Wir kommen für unsere Abhandlung zu dem Ergebnis:

1) Klageänderung liegt vor, wenn die zur Individualisierung des Klageanspruchs erforderlichen Tatsachenangaben geändert werden. Aenderung der rechtlichen Anführungen ist nicht verboten, da sie nicht zum Klagegrunde gehören. Jedoch besteht eine Ausnahme für den Fall, daß der der Klage zunächt zu Grunde gelegte rechtliche Gesichtspunkt durch nachträglich vorgebrachte Tatsachenanführungen verändert wird.

2) Grundsätzlich ist jede Aenderung des Klageantrags, des 2. Erfordernisses der Klageschrift in § 253 Nr. 2 ZPO., Klageänderung. Auszunehmen ist die Erweiterung oder Beschränkung des Klageantrags in der Hauptsache oder in Bezug auf Nebenforderungen ohne Aenderung des Klagegrundes[2]).

Jede Aenderung des Klagegegenstandes, des dritten Erfordernisses der Klageschrift in § 253 Nr. 2 ZPO., bedeutet Klageänderung, es sei denn, daß ohne Aenderung des Klagegrundes statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer erst später eingetretenen Veränderung ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird[3]).

§ 28.

Liegt Klageänderung vor, so muß die Abweisung des Klägers erfolgen, außer wenn der Beklagte einwilligt oder

---

[1]) Franck, a. a. O. S. 32,33.
[2]) § 268 Nr. 2 ZPO.
[3]) § 268 Nr. 3 ZPO.

seine Verteidigung nach dem Ermessen des Gerichts durch die Aenderung nicht wesentlich erschwert wird [1]).

Die Klageänderung ist also zunächst zulässig, wenn der Beklagte seine Einwilligung ausdrücklich erklärt. Anzunehmen ist diese aber, wenn er, ohne der Aenderung zu widersprechen, sich in einer mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage eingelassen hat [2]). Für Ehesachen besteht die Besonderheit des § 614 ZPO.

Widerspricht er jedoch der Klageänderung, so hat das Gericht nunmehr nach freiem Ermessen zu unterscheiden, ob durch die Klageänderung seine Verteidigung wesentlich erschwert wird. Da durch die Zulassung der Klageänderung in gewissem Maße immer eine Erschwerung seiner Verteidigung liegen wird, so muß darauf Gewicht gelegt werden, daß eine wesentliche Erschwerung eintreten würde, daß er bezüglich seiner Verteidigung in eine ganz andere Lage kommen würde, ihm ganz erhebliche Schwierigkeiten entstehen würden. So würde man eine wesentliche Erschwerung nicht anzunehmen haben, wenn er zum Zwecke seiner Verteidigung eine vom Klagevortrag abweichende Sachdarstellung gegeben hat und der Kläger auf dieser Grundlage seinen Angriff verändert [3]).

Die Rücksichtnahme auf die Verteidigung des Beklagten wird auch vom Gesichtspunkt der Prozeßbeschleunigung betrachtet werden müssen und so einige Einschränkungen erfahren [4]).

§ 29.

Wir haben festgestellt, daß es genügt, wenn die Fälligkeit des klägerischen Anspruchs bis zum Urteil eintritt. Das heutige Recht geht aber noch weiter. Es kennt in bestimmten Fällen sogar Verurteilung zu künftiger Leistung oder Unterlassung.

Was die Verurteilung zu künftiger Leistung anbetrifft, so kann der Kläger auf Grund des Urteils berechtigt sein, eine Leistung zu fordern, sobald diese fällig ist.

§ 257 ZPO. lautet: Ist die Geltendmachung einer nicht von einer Gegenleistung abhängigen Geldforderung oder die Geltendmachung des Anspruchs auf Räumung eines Grund-

---

[1]) § 264 ZPO.

[2]) § 269 ZPO.

[3]) Vgl. Gaupp-Stein, a. a. O. zu § 264 II und Wach in II. zivilprozessuale Abhandlungen. Leipzig 1886.

[4]) So auch Schmidt, Aenderungen § 153; Struckmann-Koch zu § 264.

stücks, eines Wohnraumes oder eines anderen Raumes an den Eintritt eines Kalendertages geknüpft, so kann Klage auf künftige Zahlung oder Räumung erhoben werden.

Die ZPO. knüpft hier an die sog. Kündigungsklage des preußischen Rechts an, d. h. an eine Klage, welche die Kündigung des noch nicht fälligen Darlehns u. s. w. für die Zukunft ausspricht und zugleich für diesen Termin Zahlung verlangt.

Heute ist die Durchführung des Anspruchs von dem Eintritt eines bestimmten Kalendertages nach dem Urteil abhängig. Die bestimmte Angabe desselben in der Klageschrift ist erforderlich. Jedoch muß, wenn die bestimmte Angabe des Kalendertages auf Grund eines erst im Laufe des Prozesses eintretenden Umstandes erst innerhalb desselben bis zur Urteilsfällung ermöglicht wird, diese noch berücksichtigt werden, wenn die Vorschriften über Klageänderung nicht entgegenstehen. Denn die als Rechtsschutzvoraussetzung zählende kalendermäßige Befristung braucht erst bei Urteilsfällung vorzuliegen [1]).

Die Worte „an den Eintritt eines Kalendertages" ergeben zugleich, daß nur befristete resp. betagte, nicht auch bedingte Ansprüche hierher zu rechnen sind.

§ 285 ZPO. läßt bei wiederkehrenden Leistungen auch wegen der erst nach Urteilserlaß fällig werdenden Leistnngen Klage auf künftige Entrichtung zu. Der Ausdruck „fällig werdenden" ergibt, daß nur betagte, nicht aber in ihrer Entstehung bedingte Leistungen hierher gehören [2]). Nach Hellwig [3]) ist es irrelevant, „ob die einzelnen Forderungen fest begründet sind und lediglich die Fälligkeit eine verschiedene ist, oder ob der Weiterlauf der Verpflichtung von ungewissen Ereignissen abhängt oder ob die Entstehung der einzelnen Teilforderungen von ungewissen Ereignissen abhängt."

§ 259 ZPO.: „Klage auf künftige Leistung kann außer den Fällen der §§ 257, 258 ZPO. erhoben werden, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde", umfaßt alle noch nicht fälligen Ansprüche. Voraussetzung ist nur der Nachweis, daß die künftige Erfüllung unsicher ist. Dieses Interesse braucht als Teil des Klagegrundes erst im Zeitpunkt des Urteils vorzuliegen [4]).

---

[1]) Gaupp-Stein, a. a. O. zu § 257 III.
[2]) Struckmann-Koch zu § 258 Nr. 1; Stein, Voraussetzung. S. 52.
[3]) Anspruch § 52.
[4]) Gaupp-Stein, a. a. O. Anm. II zu § 259.

Ob nicht nur befristete, resp. betagte, sondern auch bedingte Ansprüche hierher gehören, ist zweifelhaft[1]).

§ 30.

Die Verurteilung zur Unterlassung zielt ebenfalls auf ein künftiges Verhalten ab. Auch hier geht das moderne Recht im Gegensatz zum römischen über die aufgestellte Regel hinaus, daß der geltend gemachte Anspruch zur Zeit der Verurteilung fällig sein muß. Der Anspruch wird erst in der Zukunft zu erfüllen sein.

Nun hat das BGB. in allen Fällen, wo es einen Anspruch auf künftige Unterlassung gibt[2]), diesen von der Voraussetzung abhängig gemacht, daß eine Beeinträchtigung des klägerischen Rechts oder Besitzes bereits erfolgt ist und daß dazu noch weitere Beeinträchtigungen für die Zukunft zu besorgen sind.

Für den Fall aber, daß nur die Besorgnis besteht, daß der zur Unterlassung Verpflichtete doch die Handlung vornehmen werde, ohne daß bereits eine Verletzung des klägerischen Rechts erfolgt ist, muß § 259 ZPO. gelten. Wir müssen somit § 259 auf die Ansprüche auf Unterlassung ausdehnen, um die Vorschriften des BGB. über die Zulässigkeit einer Verurteilung auf künftige Unterlassung in dem angegebenen Sinne zu ergänzen[3])

§ 31.

Von dem für die Voraussetzungen der Verurteilung aufgestellten Grundsatz müssen wir noch einige Besonderheiten konstatieren[4]). § 279 ZPO. gibt die Möglichkeit, ein nachträgliches Vorbringen von Verteidigungsmitteln zurückzuweisen, wenn das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, daß den Beklagten der Vorwurf grober Nachlässigkeit trifft oder daß er die Absicht hegt, den Prozeß zu verschleppen. In der weiteren Instanz kann der Beklagte allerdings Verteidigungsmittel noch geltend machen[5]), nach § 540 Abs. 1 ZPO. sogar noch in der

---

[1]) Dafür sind Hellwig, Anspr S. 384, Schmidt, Aenderungen S. 85, Struckmann-Koch, Gaupp-Stein, Seuffert, Kommantare zu § 259 ZPO.

[2]) §§ 12, 550, 862, 1004, 1053, 1134 und mittelbar die §§ 1017, 1027, 1065, 1090, 1227 BGB.

[3]) Vgl. Legers, a. a. O. S. 48; Gaupp-Stein zu § 259, Struckmann-Koch zu § 259, Hellwig, Anspruch S. 37, 350 f., 388 ff., Lehrbuch, Bd. I S. 573 ff. Gegenteiliger Ansicht sind Stein, a. a. O. S. 115 ff., Langheineken, Anspr. S. 260 ff. usw.

[4]) Vgl. auch Franck, a. a. O. S. 22—24.

[5]) RG. 31, 363.

Revisionsinstanz. Letztere Vorschrift bildet aber den einzigen Fall, wo in der Revisionsinstanz noch über tatsächliche Behauptungen verhandelt wird, da sonst nach § 549 ZPO. das Revisionsgericht nur auf die rechtliche Würdigung der Sache beschränkt bleibt.

Ferner bringt § 302 ZPO. eine Besonderheit. Hat der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend gemacht, so ist das klägerische Recht ganz oder zum Teil nicht mehr vorhanden. Im Falle des § 302 ZPO. erfolgt aber trotzdem seine Verurteilung, allerdings unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung. Dieser letzteren Entscheidung liegt dann der gesamte Prozeßstoff vor.

Einen Fall der Eventualmaxime im heutigen Prozeß bringt das vorbereitende Verfahren in Rechnungssachen. Ansprüche, Angriffs- und Verteidigungsmittel, Beweismittel und Beweiseinreden, welche zum Protokoll des beauftragten Richters nicht festgestellt sind, können grundsätzlich in der mündlichen Verhandlung nicht mehr geltend gemacht werden [1].

§ 32.

Was die Bestimmung des maßgebenden Zeitpunktes für den Umfang der Verurteilung anbetrifft, so war im römischen Recht, wie dargelegt, auf die Zeit der lit. cont. zu sehen. Es war das Urteil seinem Inhalt nach auf die Zeit der lit. cont. zurückzubeziehen derart, daß der Zustand verwirklicht werden sollte, der eingetreten wäre, wenn der Kläger sogleich zur Zeit der lit. cont. Befriedigung erhalten hätte. Das moderne Recht [2]) hat die Rückbeziehung des Urteils auf den Zeitpunkt des Prozeßbeginns in der angegebenen Art abgelehnt, und wohl mit Recht. War doch der für das römische Recht aufgestellte Grundsatz eine Folge der obligatio condemnari oportere, des die Rückbeziehung aussprechenden übereinstimmenden Willens der Parteien. Das Urteil bildete „die weitere Ausführung einer bereits beim Prozeßbeginn gegebenen Vorentscheidung [3])." Heute kann von einer solchen obligatio nicht mehr die Rede sein, die Anschauungen über den Akt des Prozeßbeginns und sein Verhältnis zum Urteil haben sich geändert. Demnach mußte die Lehre von der Rückbeziehung des Urteils auf den Prozeßbeginn abgelehnt werden; dieser bildet jetzt nicht mehr den entscheidenden Zeitpunkt, sondern der Zeitpunkt des Urteils.

Mit der Ablehnung der Rückbeziehung des Urteils auf den Prozeßbeginn mußte auch die hierauf ruhende Steigerung

---

[1]) § 354 ZPO.

[2]) Wie Motive z. BGB. I allg. Tl. S. 361 besagen.

[3]) Motive, a. a. O.

des klägerischen Anspruchs hinfällig werden, die darauf ging, daß der Kläger alles erhalten sollte, was er gehabt hätte, wenn ihm sogleich zur Zeit des Prozeßbeginns Befriedigung zuteil geworden wäre. „Eine Steigerung des klägerischen Anspruchs kann vielmehr nur in beschränkterem Umfange Platz greifen. Obwohl sich der Beklagte vielleicht in bester Ueberzeugung auf den Prozeß einläßt, verzögert er dadurch doch die Befriedigung des begründeten klägerischen Anspruchs, und aus einer solchen Verzögerung darf er billigerweise keinen Vorteil ziehen. Ebenso muß er sich, so sicher er seines Rechtes sein mag, die Möglichkeit vor Augen halten, daß der klägerische Anspruch als begründet anerkannt wird, und daher das Streitobjekt, soweit dasselbe ein in sich bestimmter Gegenstand ist, mit aller Sorgfalt behandeln, wie es denn auch schon der gleichen Verteilung von Rechten und Pflichten zwischen den prozeßführenden Parteien entspricht, dem Beklagten, welchem der Gegenstand während des Prozesses anvertraut bleibt, die sorgfältige Bewahrung desselben aufzuerlegen. Der unredliche Beklagte haftet schon an sich in erweitertem Umfange, und diese Haftung genügt auch für die Dauer des Prozesses [1])[2])."

Insoweit nun eine Steigerung des klägerischen Anspruchs, resp. Verschärfung der Haftung des Beklagten eintritt, ist der Augenblick der Klageerhebung von großer Bedeutung, weil die Umstände, welche die Steigerung des klägerischen Anspruchs zur Folge haben, eben mit dem Moment der Klageerhebung eintreten. Dadurch erfährt der Grundsatz für den Umfang der Verurteilung keine Einbuße, weil wir ihn so verstehen, daß bis zum Urteil Umständen Beachtung geschenkt wird, welche auf den Umfang der Verurteilung resp. die Haftung des Beklagten von Bedeutung sind.

Wir wollen den auf den ausgeführten Gedanken beruhenden gesetzlichen Vorschriften unsere Aufmerksamkeit widmen und zwischen Erweiterungen und Minderungen unterscheiden wie im ersten Teil des Aufsatzes.

---

[1]) Motive z. BGB. a. a. O.

[2]) Franck a. a. O. S. 54 f. will für das moderne Recht die Aufrechterhaltung der Regel von der Rückbeziehung des Urteils auf den Prozeßbeginn bestätigt finden zum Ausgleich für die den Kläger durch die Dauer der Verhandlung treffenden wirtschaftlichen Verringerungen seines Rechts, wodurch aber gerade das Grundprinzip vom Urteil als maßgebenden Zeitpunkte verneint wird. Konsequenter Weise, aber unrichtig, läßt Franck auch den Beklagten mit dem Moment der Rechtshängigkeit dem Kläger „all das leisten, was dem Kläger zukommen würde, wenn sein Anspruch sofort nach Klageerhebung befriedigt worden wäre."

Unter Erweiterungen verstehen wir Nutzungen und Zuwachs. Die Nutzungen umfassen die Früchte einer Sache oder eines Rechts und auch die sonstigen Vorteile, welche der bloße Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt[1]). Unter Zuwachs verstehen wir den höheren Wert, den eine Sache dadurch erhält, daß sich z. B. ein Grundstück durch Alluvion oder Avulsion vergrößert, dadurch daß ein Fluß sein Bett verläßt, daß ein Schatz in dem Grundstück gefunden wird, durch entstandene Inseln u. s. w.

Bei Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz von Erweiterungen müssen wir aber von dem Umfang der Erweiterungen noch einen kleinen Abzug machen. Der zur Herausgabe von Früchten Verpflichtete kann nach § 102 BGB. Ersatz der auf diese verwandten Kosten verlangen, soweit sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert der Früchte nicht übersteigen[2])

Die eigentliche Steigerung des klägerischen Rechts durch den Prozeßbeginn findet nur bezüglich der Verbindlichkeiten des gutgläubigen Beklagten statt und rechtfertigt sich aus den obigen Erwägungen. Die Haftung des bösgläubigen Beklagten wird an und für sich durch den Prozeßbeginn nicht gesteigert; sie besteht im Laufe des Prozesses fort.

---

[1]) Wir werden im Folgenden nur die für die Eigentumsklage eingreifenden Vorschriften betrachten; diese sind auch auf andere dingliche Ansprüche auf Herausgabe einer Sache ausgedehnt und finden auch auf obligatorische Ansprüche entsprechende Anwendung. Solche dingliche Ansprüche auf Herausgabe einer Sache sind die Erbschaftsansprüche §§ 2023, 2024 BGB., Erbbaurecht § 1017 BGB, Nießbrauch § 1065 BGB, Pfandrecht § 1227 BGB. Die Anwendbarkeit auf obligatorische Ansprüche auf Herausgabe eines bestimmten Gegenstandes regelt § 292 BGB. Auf Gattungsschulden übt die Rechtshängigkeit hinsichtlich des Umfanges der Leistung keinen Einfluß aus, Fischer-Henle Anm. 1 zu § 292 BGB. Noch ist zu bemerken, daß nach § 292 BGB. die Vorschriften über die Eigentumsklage nur dann Anwendung finden, wenn sich nicht aus dem Schuldverhältnis oder dem Verzug des Schuldners zu Gunsten des Gläubigers ein anderes ergibt. Eine weitere Besonderheit gegenüber den dinglichen Ansprüchen liegt darin, daß nach § 932 Abs. 2 BGB. guter Glaube nur dann vorliegt, also der Besitzer dann nicht in Verzug kommt, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht bekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört, während auf Grund der §§ 285, 276 BGB der persönliche Schuldner auch infolge leichter Fahrlässigkeit in Verzug kommen kann. Auch im Familienrecht ist auf die einschlagenden Bestimmungen der Eigentumsklage verwiesen, so hinsichtlich der Herausgabe des eingebrachten Gutes §§ 1122, 1479 BGB., der fortgesetzten Gütergemeinschaft §§ 1497, 1498 BGB., Errungenschaftsgemeinschaft 1546 BGB.

[2]) Besondere Bestimmungen in § 592, 998, 1055 Abs. 2, 1421 BGB.

Der gutgläubige Besitzer hat nach § 973 Abs. 1 BGB. die vor der Rechtshängigkeit gezogenen Früchte, die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht als Ertrag anzusehen sind, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugehen. Im übrigen hat er nach § 993 Abs. 1 letzter Satz die vor der Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen, oder die er hätte ziehen können, oder die bei ihm in diesem Augenblick vorhandenen Früchte entgegen dem römischen Recht nicht herauszugeben. Nur wenn er den Besitz unentgeltlich erlangt hat, hat er die vor der Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung[1]) herausgegeben.

Jedoch von der Rechtshängigkeit an steigert sich seine Verbindlichkeit, indem er die von jetzt ab gezogenen Nutzungen herauszugeben[2]) hat, weil er aus der Dauer des Prozesses keinen Vorteil ziehen soll; außerdem haftet er noch für die Nutzungen, welche er nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft hätte ziehen können, wenn ihn dabei ein Verschulden trifft[3]), da er sich nach der Rechtshängigkeit als Verwalter einer fremden Sache betrachten und daher alle Sorgfalt auf ihre Nutzbarmachung verwenden muß. Die Herausgabe und der Ersatz der Erweiterungen richtet sich also nach dem Zeitpunkt des Urteils.

§ 33.

Für den bösgläubigen Besitzer greifen schon vor der Rechtshängigkeit die strengeren Vorschriften Platz. Er haftet von dem Augenblick seines Erwerbes oder, wenn er ursprünglich gutgläubig war, von Erlangung der Kenntnis an wie der beklagte redliche Besitzer[4]). Die Rechtshängigkeit selbst führt eine Steigerung seiner Haftung nicht herbei.

Nur bleibt[5]) eine weitergehende Haftung wegen Verzugs unberührt. Hierdurch ist im Gegensatz zum gemeinen Recht „die obligatorische Lehre vom Verzug für den Fall der Schlechtgläubigkeit auf die dinglichen Klagen übertragen“[6]). Nun wird[7]) die zum Verzug geforderte Mahnung durch die Klageerhebung

---

1) § 988 BGB.
2) § 987 BGB.
3) § 987 Abs. 2. BGB.
4) §§ 990, 987 BGB.
5) Nach § 990 Abs. 2 BGB.
6) Windscheid, Pand I 1906 S. 634.
7) Nach § 284 BGB.

des Gläubigers ersetzt. Deshalb wird der unredliche Besitzer in der Regel mit der Klageerhebung in Verzug geraten, es sei denn daß er den Umstand, infolgedessen die Leistung unterbleibt, nicht zu vertreten hat. Er hat dann jede Fahrlässigkeit und Zufall zu vertreten[1]) und für das Verzugsinteresse einzustehen[2]), also auch für die Nutzungen aufzukommen, welche der Kläger gezogen hätte[3]). Jedoch wird man dem Kläger den Beweis auferlegen, daß er mehr Nutzungen gezogen hätte als der Beklagte[4]).

Der Besitzer, welcher sich durch Eigenmacht oder strafbare Handlung den Besitz verschafft hat, haftet nach den Vorschriften über Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen von der Entziehung an[5]), so daß für eine Steigerung des klägerischen Anspruchs durch die Klageerhebung kein Raum mehr bleibt.

Zu erwähnen bleibt noch die Bestimmung des § 991 Abs. 1 BGB. hinsichtlich dessen, der sein Recht zum Besitz von einem mittelbaren Besitzer ableitet. Ist der mittelbare Besitzer gutgläubig, so haftet er selbst dem Eigentümer nach § 987 BGB., der unmittelbare gutgläubige Besitzer dem Eigentümer nach § 987 BGB., der unmittelbare bösgläubige dem Eigentümer nach § 987 BGB., jedoch nach der Rechtshängigkeit nach § 990 B.G.B. Ist dagegen der mittelbare Besitzer bösgläubig, so haftet er selbst dem Eigentümer nach § 990 BGB., der unmittelbare gutgläubige Besitzer dem Eigentümer nach § 987 BGB., der unmittelbare bösgläubige Besitzer dem Eigentümer nach § 990 BGB.[6]).

Die Geltendmachung der in den letzten beiden Paragraphen dem Kläger zustehender Ansprüche auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen erfolgt nach § 268 Ziff. 2, 3. ZPO.

§ 34.

Nach der vom BGB. aufgenommenen Verzugstheorie würde eine Ablehnung der Prozeßzinsen folgerichtig sein. „Die Rücksicht auf die Folgerichtigkeit mußte jedoch gegenüber den Anforderungen der Billigkeit und Zweckmäßigkeit zurücktreten. Auch der redliche Beklagte müsse billigerweise dem Kläger Ersatz leisten für die Nutzungen, die er ihm für die Dauer des

---

1) § 287 BGB.
2) § 286¹ BGB.
3) Windscheid, Pand I S 634 im Gegensatz zu Planck, a. a. O. und Franck, a. a. O. S. 55.
4) Klemck, die zivilrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit S. 37.
5) §§ 823 ff., 848 ff. BGB.
6) Klepzig-Siebmans a a. O. S. 84.

Prozesses vorenthalte" [1]). Deshalb hat nach § 291 BGB. jeder Schuldner eine Geldschuld vom Eintritt der Rechtshängigkeit zu verzinsen, auch wenn er nicht im Verzug ist; wird die Schuld erst später fällig, so ist sie von der Fälligkeit an zu verzinsen. Die Prozeßzinsen betragen nach § 288 BGB. 4 % nach § 352 HGB. 5 %. Jedoch sind höhere Zinsen zu entrichten, wenn der Gläubiger aus einem anderen Rechtsgrunde höhere verlangen kann. Ist der Gläubiger im Verzug, so besteht keine Verpflichtung zur Leistung von Prozeßzinsen [2]).

Die hiernach zuläßige Steigerung des klägerischen Anspruchs ist also im Einklang mit den im § 32 angegebenen Erwägungen. Wenn der Prozeßbeginn auch für die Leistung von Prozeßzinsen von Einfluß ist, so gibt er doch nicht den maßgebenden Zeitpunkt für den Umfang der Verurteilung. Die Gesamthöhe der zu leistenden Zinsen bemißt sich nach dem Moment des Urteils.

§ 35.

Unser Grundsatz muß auch für die Minderungen gelten. Denn auch hier findet eine Steigerung des klägerischen Anspruchs durch den Prozeßbeginn an und für sich nur beim gutgläubigen Besitzer statt. Der Geltung unserer Regel steht auch nicht der Umstand entgegen, daß die Haftung des Beklagten fortdauert, wenn auch der Streitgegenstand durch sein Verschulden untergeht. „Denn hieraus entsteht ein neuer, durch die unberechtigte Verweigerung der Befriedigung des Klägers verstärkter Anspruch' [3])".

Der Begriff der Minderungen ist bereits im § 15 dargelegt. Den redlichen Besitzer trifft vor der Rechtshängigkeit keinerlei Verantwortung für den Prozeßgegenstand [4]). Von der Rechtshängigkeit ab steigert sich der klägerische Anspruch. Der Beklagte muß mit der Möglichkeit rechnen, fremdes Eigentum zu besitzen, und deshalb auf die Erhaltung des Streitgegenstandes jede Sorgfalt verwenden. Er ist deshalb für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann [5]).

Für den zufälligen Untergang der Sache oder die zufällige Unmöglichkeit seiner Leistung hat der gutgläubige Be-

---

[1]) Prot. der 2. Lesung des BGB. II S. 323.
[2]) § 301 BGB.
[3]) Endemann, a. a. O. I. S. 525 Anm. 12.
[4]) § 993 BGB. Abs. 1 letzter Satz.
[5]) § 989 BGB.

klagte nicht einzustehen[1]). Auch nach Prozeßbeginn wird er durch Zufall von seiner Verpflichtung befreit. Nur bei Gattungsschulden[2]) und bei Herausgabe einer durch unerlaubte Handlung erlangten Sache[3]) wird er durch Zufall weder vor noch nach Erhebung der Klage befreit. Maßgebend für seine Haftung ist der Zeitpunkt des Urteils.

Der bösgläubige Besitzer hat schon vom Erwerb seines Besitzes ab, oder wenn er erst später erfährt, daß er zum Besitz nicht berechtigt sei, von diesem Zeitpunkt ab für die Minderungen in der Weise einzustehen wie der gutgläubige Beklagte erst nach der Rechtshängigkeit[4]).

Nur eine weitere Haftung wegen Verzugs bleibt unberührt[5]). Gerät der Beklagte also durch die Klageerhebung in Verzug, was vorhehaltlich des § 285 BGB. als Regel anzunehmen sein wird, so haftet er[6]) für jede Fahrlässigkeit und für die durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre; und zwar hat er selbst diesen Nachweis zu erbringen, wohin auch gehört, daß der Kläger die Sache nicht verkauft hätte.

Unter dem Verzugsinteresse, für das der im Verzug Befindliche[7]) einzustehen hat, ist als Hauptfall auch der Ersatz für Preisminderung einbegriffen. Wenn also zwischen Klageerhebung und Urteil infolge veränderter Konjunktur eine Preisminderung stattgefunden hat, so muß der Beklagte in dem angegebenen Falle neben der Leistung des Gegenstandes auch für Preisminderung einstehen, wenn er nicht beweist, daß der Kläger den Gegenstand bei rechtzeitiger Leistung bis zum Urteil behalten, ihn also nicht veräußert haben würde. Ist nun der Wert zuerst gestiegen und darauf gefallen, so muß der Beklagte die Differenz zwischen dem höchsten Wert der Zwischenzeit und der Verurteilung leisten. Er wird sich aber mit dem Nachweis befreien können, daß der Kläger die günstige Gelegenheit nicht benutzt haben würde[8]).

Hat sich der Besitzer durch verbotene Eigenmacht oder strafbare Handlung den Besitz verschafft, so haftet er dem

---

[1]) § 275 BGB.
[2]) § 279 BGB.
[3]) § 848 BGB.
[4]) § 990 Abs. 1. BGB.
[5]) § 990 Abs. 2. BGB.
[6]) Nach § 287 BGB.
[7]) Nach § 286 Abs. 1 BGB.
[8]) Windscheid. Pand II S. 137; Schollmeyer, Komm. zum BGB. zu § 286.

Eigentümer nach den Vorschriften über Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen [1]). Er haftet also schon von der Entziehung an für Zufall, sodaß durch die Rechtshängigkeit eine Steigerung des klägerischen Anspruchs nicht mehr möglich ist.

§ 991 Abs. 2 BGB. gibt besondere Bestimmungen für den sog. unmittelbaren Besitzer. Ist der mittelbare Besitzer gutgläubig, so haftet er selbst dem Eigentümer nach § 989 BGB., der gutgläubige unmittelbare Besitzer haftet dann dem mittelbaren nach dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnis, dem Eigentümer ebenso, der schlechtgläubige unmittelbare Besitzer dem mittelbaren nach dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnis, dem Eigentümer nach § 990 BGB. War aber der mittelbare Besitzer in schlechtem Glauben, so haftet er selbst dem Eigentümer nach § 990 BGB.; der gutgläubige unmittelbare Besitzer haftet dann dem mittelbaren nach dem zwischen ihnen geltenden Rechtsverhältnis, ebenso dem Eigentümer, der schlechtgläubige unmittelbare Besitzer dem mittelbaren nach dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnis, dem Eigentümer nach § 990 BGB. [2]).

Der fictus possessor des röm. R. ist dem BGB. unbekannt.

Die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs wegen Verschlechterung enthält eine Erweiterung des Klageantrags in Bezug auf Nebenforderungen, die Geltendmachung wegen Unmöglichkeit der Herausgabe die Forderung des Interesses statt des ursprünglich geschuldeten Gegenstandes wegen später eingetretener Veränderungen [3]).

Die Billigkeit erfordert es, daß dem Beklagten für die auf den Gegenstand gemachten Verwendungen Ersatz geleistet wird. Notwendige Verwendungen sind, wenn sie vor der Rechtshängigkeit erfolgt sind, dem Besitzer für die Zeit, da er gutgläubig ist, zu erstatten [4]), aber für die Zeit, für die ihm die Nutzungen verbleiben, sind ihm die gewöhnlichen Erhaltungskosten nicht zu erstatten [5]). Zu den notwendigen Verwendungen gehören auch die Aufwendungen, die zur Bestreitung von Lasten der Sachen gemacht werden. Aber nur die Aufwendung für solche außerordentliche Lasten, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind, sind ihm für die Zeit zu erstatten, wo ihm die Nutzungen verbleiben [6]).

---

[1]) § 992 BGB.
[2]) Siehe Klepzig-Giebmans a. a. O. S. 83 f.
[3]) § 268 ZPO.
[4]) § 994 Abs. 1. Satz 1 BGB.
[5]) § 994 Abs. 1. Satz 2 BGB.
[6]) § 995 BGB.

Macht ein unredlicher Besitzer vor oder nach der Rechtshängigkeit oder ein redlicher nach der Rechtshängigkeit notwendige Verwendungen, so sind diese nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zu ersetzen[1].

Für nicht notwendige Verwendungen kann der Besitzer nur Ersatz verlangen, soweit sie vor der Rechtshängigkeit und vor dem Zeitpunkt, da er bösgläubig wurde, gemacht sind und der Wert der Sache durch sie noch zu der Zeit erhöht ist, wo der Eigentümer die Sache wieder erlangt[2].

In den angeführten Fällen muß demnach im Urteil die Verpflichtung des Klägers zum Ersatz der Verwendungen ausgesprochen werden. Und zwar muß die Verurteilung des Beklagten, da er ein Zurückbehaltungsrecht[3] hat, zur Leistung Zug um Zug gehen.

§ 36.

Die Bestimmung des maßgebenden Zeitpunktes der Wertschätzung der dem Beklagten obliegenden Herausgabe- und Ersatzverbindlichkeit hatte nur für das römische Recht besondere Bedeutung, wie oben gezeigt ist; heute wird sie nur in geringem Maße aktuell werden. Das BGB. enthält keine Vorschrift hierüber. Man wird aus allgemeinen Gesichtspunkten prinzipiell den Zeitpunkt des Urteils entscheiden lassen, so Planck und Schollmeyer[4] für die Frage, nach welchem Zeitpunkt der zu ersetzende Schaden zu berechnen ist. Jedoch wird man aus Billigkeitsrücksichten öfters abweichen müssen[5]. Falls es sich um Ersatz für eine entzogene oder vernichtete Sache handelt, ist die Schätzung des Wertes nach dem Zeitpunkt ihrer Entziehung vorzunehmen. Wenn jedoch der Preis dieser Sache bis zum Urteil gestiegen war, wird wiederum dieser Zeitpunkt maßgebend sein. Was die Preisminderungen anbetrifft, so wird hier der Wert der Sache zur Zeit der Klageerhebung maßgebend sein.

§ 37.

Von dem für den Umfang der Verurteilung geltenden Grundsatz sind noch einige Besonderheiten festzustellen. Zunächst handelt es sich um die Vorschrift des § 818 BGB. über den

---

[1]) § 994 Abs. 2 BGB.
[2]) § 996 BGB.
[3]) Nach § 1000 BGB.
[4]) Planck, Komm. z. BGB. z. § 252, Schollmeyer, Komm. z. BGB. Anm. 5 zu § 252.
[5]) Schollmeyer, a. a. O.

Umfang des Herausgabeanspruchs im Falle ungerechtfertigter Bereicherung. Es ist die Frage, in welchem Zeitpunkt der Bereicherte noch bereichert sein muß, wenn die Verurteilung erfolgen soll, und welcher Zeitpunkt bezüglich des Umfangs der Verurteilung maßgebend ist. Aus § 818 Abs. 3 BGB. werden wir für den gutgläubigen Bereicherten den Schluß ziehen, daß die Zeit der Rechtshängigkeit hier ausnahmsweise maßgebend ist [1].

Der Bereicherte ist nur zur Herausgabe verpflichtet, wenn und soweit er noch zur Zeit der Rechtshängigkeit bereichert ist, der Fortfall der Bereicherung nach diesem Zeitpunkt kann ihn nicht mehr befreien. Von diesem Zeitpunkt ab haftet er nach den allgemeinen Vorschriften, also nach dem oben Ausgeführten für Erweiterungen und Minderungen [2].

Irrelevant ist es, ob und in welchem Umfange die Bereicherung noch zur Zeit der Rechtshängigkeit vorhanden ist, für folgende Fälle:

1) Wenn der Empfänger den Mangel des rechtlichen Grundes beim Empfang kennt oder ihn später erfährt; hier muß die Bereicherung zur Zeit des Eintritts des bösen Glaubens vorhanden sein [3]; von da ab haftet er wie der gutgläubige Empfänger nach der Rechtshängigkeit.

2) Wenn der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt; hier ist der Zeitpunkt der Annahme maßgebend [4].

3) Im Falle des § 820 BGB. ist ebenfalls der Zeitpunkt der Annahme der Leistung maßgebend.

Ferner sind zwei Bestimmungen aus dem Familienrecht zu erwähnen: Geht ein Dritter mit einem Ehegatten, wenn Verwaltung und Nutznießung des Ehemanns ausgeschlossen oder geändert ist, im Vertrauen auf den im Güterrechtsregister eingetragenen oder ihm bekannten Güterstand ein Rechtsgeschäft ein oder prozessiert gegen ihn, so ist das Rechtsgeschäft [5] voll wirksam, und es finden auch gegen das rechtskräftige Urteil keine Einwendungen hieraus statt. War jedoch zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts oder zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit die Aenderung bereits im Güterrechtsregister eingetragen oder dem Dritten bekannt, so

---

[1] Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse § 13 S. 107 f.; Matthias, a. a. O. Bd. I. § 71.
[2] § 818 Abs. 4 BGB.
[3] § 819 Abs. 1 BGB.
[4] § 819 Abs. 2 BGB.
[5] Nach § 1435 BGB.

können gegen das Rechtsgeschäft oder gegen das rechtskräftige Urteil im Stadium der Zwangsvollstreckung Einwendungen aus der Aenderung oder Ausschließung der Verwaltung und Nutznießung hergeleitet werden.

Eine weitere Besonderheit enthält § 1613 BGB. Während im allgemeinen Alimente für die Vergangenheit nicht nachgefordert werden dürfen[1], bestimmt § 1613 BGB., daß der Berechtigte für die Vergangenheit Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung von der Zeit fordern kann, wo der Verpflichtete in Verzug gekommen oder der Unterhaltsanspruch rechtshängig geworden ist. Das Urteil wird also auch die Verpflichtung des Beklagten zur Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung der nach der Rechtshängigkeit fällig gewordenen Alimente enthalten.

§ 38.

Es bleibt noch übrig die Untersuchung bei der Ausübung des Wahlrechts bei Alternativobligationen und anderen Rechtsverhältnissen, die für den Umfang der Verurteilung von Bedeutung sein kann. Hier finden wir eine weitgehende Abweichung vom römischen Recht. Bei Alternativobligationen erfolgt die Wahl durch einseitige Erklärung gegenüber dem anderen Teil[2]. Steht nun dem Gläubiger das Wahlrecht zu, so wird zwar in der Klageerhebung, und falls er alternativ geklagt hat, in der Betreibung der Zwangsvollstreckung unwiderruflich die Ausübung des Wahlrechts liegen. Steht aber dem Schuldner das Wahlrecht zu, so kann der Gläubiger nur alternativ klagen, und der Schuldner kann sich, solange der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung von ihm die eine der Leistungen noch nicht erhalten hat, durch die andere Leistung immer noch von seiner Verbindlichkeit befreien[3]. Der Prozeßbeginn als solcher hat also heute keinen Einfluß mehr auf die Ausübung des Wahlrechts. Dieses ist auch noch nicht zur Zeit des Urteils konsumiert.

Bei Fällen der sog. facultas alternativa ist die Klageerhebung oder auch das rechtskräftige Urteil nicht immer geeignet, dem berechtigten Schuldner das Wahlrecht zu entziehen[4].

Wenn mehrere Personen unter verschiedenen Ansprüchen zu wählen befugt sind oder wenn sie bezüglich eines Anspruchs in einem ausschließlichen Verhältnis zu einander stehen, sodaß der

[1]) Vorbehaltlich der Ausnahmen in § 1711 BGB.
[2]) § 263 BGB.
[3]) § 264 Abs. 1 BGB.
[4]) Windscheid Pand I S. 639.

Anspruch nur von einer Person soll erhoben werden dürfen, kommt der Klageerhebung als solcher ebenfalls keine besondere Bedeutung zu [1]). So bestimmt z. B. § 421 BGB., daß beim passiven Gesamtschuldverhältnis bis zur Bewirkung der ganzen Leistung sämtliche Schuldner verpflichtet bleiben, daß also noch nicht durch die Klageerhebung gegen den einen, ja auch noch nicht durch das rechtskräftige Urteil gegen den einen Befreiung der anderen eintritt; § 428 BGB., daß beim aktiven Gesamtschuldverhältnis der Schuldner auch dann noch nach seinem Belieben an jeden der Gläubiger leisten kann, wenn einer bereits Klage auf Leistung erhoben hat, ja sogar noch dann, wenn einer gegen ihn bereits ein rechtskräftiges Urteil erzielt hat.

§ 39.

Da grundsätzlich im modernen Recht die im Laufe des Prozesses eingetretene Endigung und Begründung des Prozesses und Begründung des klägerischen Rechts berücksichtigt wird, so kann eine Entscheidung zustande kommen, welche gerade für diejenige Partei eine Härte enthält, welche den Prozeß im Vertrauen auf ihr gutes Recht begann, bzw. sich auf denselben einließ. Wie schon im § 26 angedeutet, wird diese Härte durch die Kostenentscheidung beseitigt. Sie ist der Prüfstein für die Richtigkeit unseres Grundsatzes. Die Zivilprozeßordnung enthält in ihrem Titel Prozeßkosten die den Ausgleich der angedeuteten Härte herbeiführenden Bestimmungen.

Bei der Entscheidung der Frage, welche Partei zur Kostentragung zu verurteilen ist, kommt es darauf an, welche Partei die entstandenen Kosten durch ihr Verhalten veranlaßt hat. Veranlaßt hat sie diejenige, welche unterliegt [2]). Es gibt aber Fälle, wo der Unterliegende die Kosten durch sein Verhalten nicht veranlaßt hat. Hier bestimmt § 93 ZPO.: Hat der Beklagte zur Erhebung der rechtlich begründeten Klage keine Veranlassung gegeben, so ist der Kläger kostenpflichtig, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt und demgemäß verurteilt wird.

Aus der Umkehrung dieses in § 93 ZPO. gegebenen Tatbestandes kommt man auf den Fall, daß die Erhebung der rechtlich begründeten Klage vom Beklagten veranlaßt worden, das klägerische Recht aber im Laufe des Rechtsstreits erloschen ist, und der Kläger sofort bei dem Eintritt der materiellen Unbegründetheit der Klage diese anerkennt. Das Anerkenntnis liegt darin, daß er jetzt seinen Antrag auf die Kosten beschränkt. Diese Erklärung ist kein Verzicht und keine Klage-

[1]) Motive z. BGB. I S. 362.
[2]) § 91 ZPO.

rücknahme, sondern eine durch spätere Ereignisse verursachte Beschränkung des Klageantrags[1]) Jetzt ist der Beklagte in entsprechender Anwendung des § 93 ZPO. zur Kostentragung zu verurteilen. Die Härte, welche sich aus der Berücksichtigung der nachträglich eintretenden Beendigung des klägerischen Rechts ergibt, ist hierdurch ausgeglichen. Selbstverständlich wird eine entsprechende Anwendung des § 93 nicht statthaben, wenn der Kläger seinen Antrag aufrecht erhält und deshalb abgewiesen wird. Er hat ja nicht anerkannt, daß sein Klagerecht nachträglich unbegründet geworden ist. Er hat stets den Prozeß veranlaßt[2]).

Wendet in dem ersteren Fall der Beklagte ein, daß der Anspruch bereits vor dem erledigenden Ereignis unbegründet war, so muß zum Zwecke der Kostenentscheidung festgestellt werden, ob die Klage bis zu dem erledigenden Einfluß begründet war, bezw. welche Partei unterlegen wäre, wenn die Erledigung nicht eingetreten wäre. Hieraus ergibt sich, daß, wenn die Klage schon vor dem erledigenden Ereignis unbegründet war, der Kläger die Kosten zu tragen hat. War sie dagegen von Anfang an begründet, so vermeidet der Beklagte die Kosten nach § 93 ZPO., wenn er mit der Befriedigung zugleich anerkennt und die Klage nicht veranlaßt hat.

Zu der entsprechenden Anwendung des § 93 ZPO. ist aber nicht jede Endigung des klägerischen Rechts geeignet. Der Wegfall des Klagerechts darf nämlich nicht auf einem vom Kläger zu vertretenden Umstande beruhen und keine Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Klageerhebung[3]) enthalten. Deshalb muß der Kläger die Kosten tragen, wenn er seine Forderung gegen den Beklagten vor dem Prozeßbeginn hätte aufrechnen können, anstatt dessen aber eine unbegründete Klage erhoben hat, unbegründet, weil durch die im Prozeß erfolgte Aufrechnungserkläruug des Beklagten die Klageforderung nach § 389 BGB. bereits zur Zeit der Klageerhebung erloschen war. Anders aber steht es wieder, wenn die Gegenforderung des Beklagten erst im Laufe des Prozesses entstanden oder fällig geworden ist usw., wenn also der Kläger seine Forderung gegen die des Beklagten vor dem Prozeßbeginn nicht hätte aufrechnen können. Erkennt der Kläger nach der im Prozeß erfolgten Aufrechnungserklärung die Tilgung seines Anspruchs sofort an, so hat wiederum in entsprechender Anwendung des § 93 ZPO. der Beklagte die Kosten zu tragen[4]).

---

[1]) In Analogie des § 268 Nr. 3 ZPO., Gaupp-Stein Anm. III zu § 91.

[2]) RG. 58, 40.

[3]) Hellwig, Anspr. § 51.

[4]) Gaupp-Stein Anm. V zu § 91; Seuffert, Komm. Anm. 5 zu § 91.

Die oben behandelte Erklärung des Klägers, seine früher begründete Klage sei unbegründet geworden, bildet zu dem Anerkenntnis des Beklagten, der den zur Zeit der Klageerhebung unbegründeten Anspruch bestritten hat, ihn aber sofort anerkennt, wenn er nachträglich begründet, fällig u. s. w. wird, das Gegenstück. Der Beklagte vermeidet hier die Kosten, wenn er den klägerischen Anspruch lediglich wegen des nachträglich behobenen Mangels bestritten hat. § 93 ZPO. findet also Anwendung.

Für die Frage nach dem maßgebenden Zeitpunkt für die Voraussetzungen der Verurteilung der einen oder anderen Partei zu den Kosten des Rechtsstreit kommt es also, wie ausgeführt, in erster Linie darauf an, auf den Zeitpunkt der Klageerhebung zurückzugreifen und zu prüfen, welche Partei die Klage veranlaßt hat, erst in zweiter Linie, ob die Klage zur Zeit der Klageerhebung auch rechtlich begründet war.

Im Gegensatz hierzu wird man für den Umfang der Kostenlast im Falle einer Kostenverteilung auf den Augenblick der Urteilsfällung sehen und prüfen, inwieweit jede Partei mit ihren am Ende der letzten mündlichen Verhandlung gestellten Anträgen durchgedrungen ist. Das Verhältnis des zuerteilten zum aberkannten Teil der Forderung ist also entscheidend. Allerdings wird eine Partei, die erst mit einem nachträglichen Antrag durchdringt, die Kosten zu tragen haben, die durch den früheren Antrag entstanden sind. Die gesetzliche Regelung gibt § 92 ZPO. Jedoch enthält dieser Paragraph keine Regelung für den Fall, daß der Kläger pure Verurteilung des Beklagten, dieser aber Verurteilung zur Leistung Zug um Zug beantragt und die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug ausgesprochen wird. Denn der unterliegende Teil ist allein der Beklagte. Es kann sich nur um die Anwendung des § 93 ZPO. handeln[1]). Der Kläger fordert, wenn auch nicht zahlenmäßig, so doch wenigstens der Sache nach zu viel. Deshalb hat der Beklagte, wenn er die gerechte Minderforderung sofort anerkennt, die erste Voraussetzung des § 93 gesetzt. Hat er außerdem zur Klageerhebung keine Veranlassung gegeben, so wird er nach § 93 ZPO. trotz Unterliegens von den Kosten des Rechtsstreits befreit. Bestreitet er aber den ganzen klägerischen Anspruch, so muß der Kläger, wenn auf Verurteilung zur Leistung Zug um Zug erkannt wird, nach § 96 ZPO. die Kosten für das erfolglos gebliebene Verteidigungsmittel tragen, während im übrigen der Beklagte zur Kostentragung herangezogen wird[2]).

---

[1]) Gaupp-Stein Anm. z. § 93.
[2]) Gaupp-Stein Anm. z. § 91.

Lebenslauf.

Am 21. Januar 1885 wurde ich, Walther Hesse, in Gleiwitz geboren.

Ich bin katholischer Konfession, der Staatsangehörigkeit nach Preuße.

Ich besuchte das Königliche Gymnasium zu Gleiwitz von Ostern 1896 ab und verließ es Ostern 1904 mit dem Zeugnis der Reife.

Darauf studierte ich ein Semester an der Universität München Rechtswissenschaft. Für die nächsten fünf Semester bezog ich die Universität Breslau. Hierselbst bestand ich am 17. Juli 1907 die erste juristische Prüfung und am 29. Juli 1907 das Rigorosum.

Während meines Studiums hörte ich die Vorlesungen folgender Herren Dozenten:

von Bechmann, Beyerle, Brie, Dahn, Engelmann, Fischer, Gretener, Heilborn, Joers, Kleineidam, Klingmüller, Leonhard, Sombart, Wolf,

denen ich an dieser Stelle meinen aufrichtigen Dank ausspreche.

Am 25. Juli 1907 wurde ich zum Referendar ernannt und war seitdem dem Königlichen Amtsgericht zu Wohlau und dem Königlichen Landgericht zu Breslau zur Ausbildung überwiesen.

Breslau, im Dezember 1908.